Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania

APRESENTAÇÃO

O grupo de pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania – DDFC surgiu a partir de uma preocupação comum entre seus integrantes – a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Durante os primeiros dois anos de trabalho realizamos pesquisas empíricas, divulgamos resultados nos congressos do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito) e discutimos o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais.

Durante o ano de 2011 decidimos organizar a produção acadêmica do grupo em torno de um tema comum – a judicialização da política. Contudo, a meta não era apenas tratar o fenômeno em si, mas incluir outras abordagens. Esta produção, discutida nas reuniões do grupo, após sugestões e críticas dos seus integrantes, integram o presente e-Book.

O primeiro trabalho, de autoria da líder do grupo, Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes, buscou demonstrar a judicialização da política como problemática de pesquisa, fio condutor das demais produções. A premissa dos demais autores é justamente o paradigma da judicialização e as inúmeras possibilidades de problematização no âmbito da pesquisa jurídica: ativismo judicial, legitimidade, efetivação dos direitos, adensamento democrático, "cidadanização".

Na esteira da judicialização da política sob a ótica da tensão entre efetivação dos direitos sociais e/ou ativismo judicial surgem os artigos de José dos Santos Carvalho Filho e Ivete Maria de Oliveira Alves. O primeiro analisa o critério da hipossuficiência familiar nos questionamentos sobre o Benefício de Prestação Continuada, o BPC: o Supremo Tribunal Federal está sendo "ativista" ao alterar o critério de identificação dos necessitados feito por política pública?

O segundo questiona o conteúdo do "direito" para tratar da legitimidade das decisões judiciais, buscando fornecer elementos para a categorização do ativismo judicial. Para a autora a compreensão do conceito de direito atribuído por cada sociedade no decorrer do tempo, é fundamental para a análise da legitimidade das decisões judiciais.

Em outra abordagem, preocupados com a relação entre judicialização da política e democracia, os integrantes do grupo utilizaram a teoria deliberativa para discutir a eventual legitimidade das discussões no âmbito do Poder Judiciário. Nesta esteira, Sidraque David Monteiro Anacleto aponta a necessidade de revisão de antigos

paradigmas como separação de poderes e a democracia representativa, em uma sociedade que oscila entre o individualismo e o pluralismo.

Flávio Rezende Dematté utiliza a teoria democrática deliberativa de Habermas para reequilibrar a tensa relação entre sociedade civil e Estado quando do aumento da presença do Direito no espaço social coletivo.

E para Camila Baptista Magalhães e Larissa Carvalho a teoria da democracia deliberativa fundamenta e legitima a construção de debates abertos empregando ambientes digitais como espaço viável para a construção de fóruns deliberativos.

Para finalizar, aproximando-se da democracia a partir do regime de governo, Raphael Rabelo Cunha Melo analisa a possível relação entre a judicialização da política e o modelo de presidencialismo vigente no Brasil, o chamado “presidencialismo de coalisão”.

Indispensável ainda o registro da importante colaboração dos coordenadores do grupo de pesquisa, Janete Barros e Rodrigo Chaves, na organização e estruturação dos artigos.

Diante do aqui apresentado, a presente obra traduz o trabalho do grupo de pesquisa DDFC diante da inquietação que a problemática da judicialização da política acarreta na pesquisa jurídica, seja sob a ótica da efetivação dos direitos e o ativismo judicial, seja sobre o eventual conteúdo democrático que este novo arranjo político pode propiciar.

A intenção não é apontar soluções ou verdades, mas ampliar ainda mais o debate, com novas variáveis e possibilidades.

Boa leitura!

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes

Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania
Grupo de pesquisa vinculado ao Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

SUMÁRIO

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO PROBLEMÁTICA DE PESQUISA

Julia Maurmann Ximenes
Advogada, mestre em Direito, Doutora em Sociologia Política. Professora da graduação, especialização e mestrado da Escola de Direito de Brasília/Instituto Brasiliense de Direito Público, onde atualmente é Diretora. Professora colaboradora da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP e do Instituto Cernicchiaro do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O aumento da presença do Direito nas relações sociais acarretou a aproximação entre Direito e Política, rompendo com o paradigma do isolamento da pesquisa jurídica com relação a outras variáveis que não a normativa. Assim, a judicialização da política pode ser apontada como o novo paradigma no âmbito da pesquisa juridica atual, permitindo diversas frentes de pesquisa.
PALAVRAS-CHAVES: judicialização da política – paradigma – pesquisa jurídica
ABSTRACT: The growth of law’s presence in social relations has produced the approach between Law and Politics, breaking out the isolation paradigm of judicial research related with variables others than the normative ones. Therefore, the judicialization of politics can be pointed out as a new paradigm within the present judicial research, allowing many new forms of research.
KEY WORDS: judicialization of politics – paradigm – judicial research

INTRODUÇÃO

Com a criação dos Tribunais Constitucionais após a Segunda Guerra Mundial o fenômeno da judicialização da política foi gradativamente ganhando espaço nas pesquisas científicas, principalmente no campo da ciência política.[1]

[1] Alguns exemplos: TATE, N.; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial Power**, 1995; SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**, Oxford, 2000; BEIRICH, Heidi Ly. **The role of the Constitutional Tribunal in Spanish Politics** (1980-1995), 1998; SCWARTZ, Herman. **The struggle**

No Brasil a ciência política também foi responsável pelas primeiras análises e mais recentemente a pesquisa jurídica tem se aproximado do tema. A proposta do presente artigo é demonstrar este percurso teórico de aproximação da teoria jurídica da judicialização da política e propor possibilidades de análise da problemática.

Nosso pressuposto é de que o fenômeno da judicialização da política implica em um novo "paradigma".[2] Isto porque este novo paradigma questiona a separação dos poderes clássica e inclui novos papéis para o exercício do Direito, o que, entretanto, problematiza a questão e permite inúmeras possibilidades de pesquisa. A nossa proposta é justamente "organizar" estas possibilidades, e proporcionar uma visão geral do tema.

A abordagem é de caráter sócio-jurídico, pois a problemática de pesquisa está inserida na realidade, no cotidiano, e a partir disto deverá ser analisada.[3]

Para tanto, iniciaremos com uma diferenciação na análise – a da ciência política e a jurídica. Em seguida problematizaremos o tema a partir de duas grandes questões: ativismo judicial e efetivação dos direitos, tratando especificamente do papel do Poder Judiciário. Encerraremos o presente artigo apresentando possíveis

---

for constitutional justice in pos-communist Europe, 2000; MAGALHÃES, Pedro. **The limits to judicalization: legislative politics and constitutional review in the Iberian Democracies**, 2003.

[2] KUHN, Thomas S. define paradigma como "as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência" (p. 13). O paradigma é um grande "quadro teórico" que guia o cientista durante um tempo, até que um novo paradigma surja e os cientistas adotem novos instrumentos e orientem seu olhar em novas direções, no que ele chama de revolução científica. (**A estrutura das revoluções científicas**, 1990, p. 13).

[3] Sem adentrar a polêmica sobre o conteúdo da pesquisa na sociologia jurídica, salientamos apenas que nos aproximamos da proposta de Luciano Oliveira: a sociologia jurídica é a que faz crítica do direito e das instituições judiciárias visando a realização da justiça. (In: JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano. **Ou Isto ou Aquilo – a sociologia jurídica nas faculdades de Direito**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002, p. 95-113). Cumpre salientar que neste sentido nossa proposta compreende o ativismo judicial a partir da interdisciplinaridade e não na restrita esfera da Dogmática e da Teoria do Direito, como o faz Elival da Silva Ramos (**Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos**, 2010). Para nós é justamente na intersecção entre a dogmática e a análise sócio-jurídica que poderemos compreender melhor o ativismo judicial e que se amplia o campo de pesquisa.

problemas de pesquisa e sua aproximação de uma variável externa – o processo de "cidadanização", ou seja, de efetiva inclusão social.[4]

O problema de pesquisa que conduzirá este artigo é: como a pesquisa jurídica pode trabalhar com o paradigma da judicialização da política no atual arranjo democrático brasileiro??

1. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA – ANÁLISES

O conceito de Direito Positivo por muito tempo o isolou de outros campos do saber. Isto porque a questão residia na normatividade emanada do Estado, sem nenhum tipo de questionamento valorativo sobre o seu conteúdo. Assim, após a Segunda Guerra Mundial e as atrocidades cometidas com amparo legal, já que o Estado as "legitimava", esta visão foi questionada. A pergunta passou a ser: só porque positivado pelo Estado, o Direito não pode ser questionado?

Esta foi a grande problemática que conduziu a criação de Tribunais Constitucionais na Europa no pós-guerra. A intenção era permitir que um órgão neutro, não político, analisasse o Direito Positivo, à luz de valores constitucionais, de princípios. Assim surge uma nova arena de discussão sobre questões políticas – os Tribunais Constitucionais.

A demanda nestes novos tribunais passou a ser conhecida como "judicialização da política". Judicialização significa que o Poder Judiciário passa a decidir sobre temas anteriormente restritos a esferas políticas, tipicamente deliberativas, Poder Executivo e Poder Legislativo. Obviamente que é nesta questão que reside a maior crítica ao fenômeno – a crítica ao caráter contra-majoritário das cortes constitucionais.

---

[4] Chamaremos de "cidadanização" o processo que aponta a relevância da cidadania "inclusiva" na efetivação dos direitos e na democracia. Esta ideia será melhor explorada posteriormente.

> One governmental body, unelected by the people, tells an elected body that its will is incompatible with fundamental aspirations of the people. This is at the root of the "countermajoriatarian difficulty", which has been the central concern of normative scholarship on judicial review for the past three decades. [5]

Contudo, mesmo diante das críticas, o desenho democrático constitucional tendenciona para o sistema de revisão constitucional pelo mundo. Ginsburg[6] analisa a expansão do fenômeno da judicialização da política e aponta três perguntas interessantes: por que os países adotam a revisão judicial durante períodos de democratização e desenho constitucional mesmo com a crítica contra-majoritária apontada anteriormente? Por que algumas cortes são mais "agressivas" na revisão judicial do que outras? Quais são os fatores envolvidos? O autor aponta uma resposta para estas questões: "politics matters", ou seja, a política tem relevância. Assim, as inúmeras questões políticas perpassam a revisão judicial e o Direito não pode mais se isolar.

Portanto, podemos perceber que na verdade o fenômeno da judicialização da política aproxima o Direito da Política independentemente do campo de estudo envolvido. Diante da proposta do presente artigo, que é justamente analisar as possibilidades como objeto de pesquisa, é preciso visualizar as duas abordagens e sua intersecção – a política e a jurídica.

Para a ciência política o fenômeno da judicialização tem sido objeto de estudo principalmente quanto ao seu grande dilema – o caráter contra-majoritário apontado anteriormente. A questão reside na problemática do poder – a análise é basicamente institucional e utiliza a democracia como paradigma. Em análise sobre a

[5] GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies**, 2003, p. 2/3. "Um poder governamental, não eleito pelo povo, determina para um poder eleito que o seu desejo é incompatível com as aspirações fundamentais do povo. Este é o roteiro para a dificuldade contramajoritária que resume a principal preocupação da doutrina normativa sobre a revisão judicial nas últimas três décadas" (tradução livre).
[6] *Idem.*

judicialização da política Oliveira e Carvalho apontam a obra dos americanos Tate e Vallinder[7] como institucionalista e tecem reflexões sobre os estudos na temática.

> O tema da judicialização foi também trabalhado por dois autores institucionalistas, Tate e Vallinder, que utilizaram estudos de caso para então apresentarem uma definição do termo. Embora esta não se enquadre em qualquer realidade - como no caso brasileiro, por exemplo, ela será utilizada pela maioria dos autores que os sucedeu. De acordo com tais autores, a judicialização da política caracteriza-se pela difusão de procedimentos judiciais em arenas de deliberação política. Dessa forma, o conceito propõe que o ajuizamento de ações que envolvam questões políticas constitui, por si só, um
> processo de judicialização da política. No entanto, os estudos sobre esta temática têm demonstrado que o aumento da litigância na arena política pode ser ocasionado por mecanismos institucionais, os mais diversos, ou por uma alteração no modo de interpretar dos juízes (ativismo judicial). Portanto, é bem provável que as causas da emergência da judicialização obedeçam a uma lógica bem particular, variando de país para país.[8]

Não apenas as causas mas os impactos da judicialização da política variam de país para país. São inúmeras variáveis envolvidas – cultura jurídica do Poder Judiciário e da sociedade (quanto aos motivos que conduzem á litigância e quem litiga), nível de conhecimento dos direitos, estratégias envolvidas na litigância, processo histórico e político, etc...

No caso brasileiro, podemos trazer algumas considerações típicas do momento histórico, político e jurídico.

1. A juridicização das relações sociais: "a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadiindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada".[9]

---

[7] TATE, N.; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial Power**, 1995.

[8] OLIVEIRA, Vanessa; CARVALHO, Ernani. **A judicialização da política: um tema em aberto**, 2002.

[9] VIANNA, Luiz Werneck *et al*. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 1999, p. 15. A juridicização das relações sociais surge no âmbito da discussão da Sociologia Jurídica e/ou Sociologia do Direito (não é possível discutir aqui o embate sobre a demarcação das disciplinas) no sentido de intensa regulação das relações sociais, ou seja, as diferentes relações sociais cada vez mais "impregnadas" de teor jurídico. Na própria definição jurídica, a juridicização decorre da incidência, ou seja, o efeito da norma jurídica de transformar os fatos previstos por ela em fatos jurídicos. Assim, juridicizar significa tornar jurídico, ou seja, a entrada de certo evento (fato natural ou conduta do ser humano) no mundo jurídico. Esta problemática tem sido abordada pela Sociologia Jurídica diante do

2. O fenômeno da judicialização da política é decorrente do texto constitucional de 1988, cujo rol de direitos fundamentais ultrapassa o modelo liberal, incluindo direitos sociais de caráter prestacional, pressionando Executivo e Legislativo na condução de políticas públicas.
3. A cultura jurídica brasileira, vista a partir da relação com o Estado[10], tem se modificado. Como exemplos podemos citar movimentos como o Direito Alternativo e o Direito Achado na Rua que buscam aproximar os operadores do Direito da realidade social brasileira; o próprio aumento de litigância decorrente da juridicização das relações sociais; as alterações no ensino jurídico determinadas pela Portaria nº 1.886/94 incluindo formação sócio-política.

Para o Direito, a questão da legitimidade democrática é abordada, mas recentemente a pesquisa tem se concentrado no exercício do Poder Judiciário e sua relação com os direitos fundamentais. Esta nova análise trouxe para o campo além do Direito Constitucional também o Direito Administrativo. Assim, a tônica da análise se concentra hoje nos limites do controle judicial, partindo da judicialização da política como um novo paradigma, inerente a realidade. Neste sentido que a proposta do presente artigo busca demonstrar as possibilidades de estudo e pesquisa nesta temática.

2. ATIVISMO JUDICIAL OU EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS???

Após trabalharmos com as diferentes análises sobre o fenômeno da judicialização da política, e partindo do pressuposto que se trata de um novo paradigma para a pesquisa jurídica, resta discutirmos uma nova categoria teórica que perpassa a problemática – o ativismo judicial.

---

aumento de litigância que dela decorre, bem como da discussão sobre a efetiva atuação do Poder Judiciário para a solução dos conflitos dela proveniente. Para saber mais: JUNQUEIRA, Eliane Botelho. O Alternativo regado a vinho e a cachaça. IN: JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Através do Espelho. **Ensaios de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2001, p. 15-33.

[10] Aqui adotamos a definição utilizada por Eliane Junqueira (**Através do Espelho. Ensaios de Sociologia do Direito**, 2001): “Afinal, leis e tribunais são manifestações do Estado e, portanto, revelam contradições e relações de poder. Mas não apenas isso. Sendo parte do aparelho estatal, leis e tribunais revelam também o grau de proximidade que a população sente em relação ao Estado.”

Abromovich destaca cinco casos de atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais (econômicos, sociais e culturais): "legalizar uma decisão de política pública já assumida pelo Estado; executar uma lei ou uma norma administrativa que determina obrigações jurídicas em matéria social; estabelecer um padrão dentro do qual a administração deva planejar e implementar ações concretas e supervisionar sua execução; determinar uma conduta a seguir; ou, em certos casos, constituir em mora o Estado em relação a uma obrigação, sem impor um remédio processual ou uma determinada medida de execução." [11]. Desta reflexão é possível perceber que o autor trabalha com a judicialização e não com o ativismo judicial pois "amarra" a atuação do Poder Judiciário a políticas públicas definidas previamente.

Esta amarra decorre da própria dificuldade de definição do ativismo judicial – a questão é delimitar "a fronteira entre criação judicial do direito conforme ou desconforme com o traçado constitucional da separação dos poderes, fórmula que funciona bem nas situações de clara ultrapassagem dos limites, mas que se mostra de escassa ou nenhuma utilidade naqueles casos em que o próprio texto da Constituição, pela sua abertura semântica, comporta leituras distintas, mas igualmente defensáveis".[12]

Portanto, diante do paradigma da judicialização da política, os excessos no exercício compreenderiam o ativismo, e então seriam objeto de análise. Por que? Se passarmos a apontar toda a atuação do Poder Judiciário como ativista, acontecerá exatamente a previsão de Maciel e Koerner[13]: esvazia-se o termo, que na verdade decorre de uma realidade, conforme já apontado aqui.

Os autores sugerem que é preciso avaliar o papel das instituições judiciais no conjunto de transformações do Estado brasileiro nas duas últimas décadas, centrando a atenção no "path" histórico desse conjunto, assim como na dinâmica organizacional

[11] ABROMOVICH, Victor. **Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados**, 2005, p. 210.
[12] COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial ou criação judicial do direit**o?, 2010, p. 5.
[13] MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**, 2002.

das diversas burocracias que compõe o sistema judicial. Finalizam alegando que o tema das relações entre judiciário e política na democracia brasileira deve ser estudado sem o recurso ao conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política.[14]

> A partir do padrão de decisões judiciais pode-se formular pesquisas empíricas sobre o comportamento decisório em relação a temas e objetos específicos, evidenciando-se, assim, os impactos daquelas transformações sobre a prática judicial, bem como os projetos alternativos de juristas e operadores do direito às situações de mudança e recalcitrância.[15]

Concordamos parcialmente com os autores: nossa proposta aqui é iniciar as análises a partir da judicialização da política e não utilizá-la como variável, uma vez que a realidade já foi afetada por um arcabouço jurídico e institucional que a consolidou, no Brasil e no exterior. O ativismo judicial se insere neste contexto e pode ser utilizado como uma categoria teórica na análise da problematização decorrente da judicialização da política, mas também dependerá de premissas teóricas previamente definidas para a análise.

Neste sentido, ou seja, na tentativa de categorizar o ativismo judicial, autores americanos[16] sugerem algumas características típicas: prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; estratégia de não-aplicação dos precedentes; conduta que permite aos juízes legislar; afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; julgamento para alcançar resultado pré-determinado. A partir destas categorizações, sem a análise de dimensões que não apenas a jurídica, toda efetivação de direitos sociais pode ser enquadrada como ativista. É neste sentido

---

[14] LINDQUIST e CROSS (**Measuring Judicial Activism**, 2009) apontam que na verdade o Poder Judiciário é “acusado” de ativista pelos “perdedores” (os que não concordam com determinada decisão judicial) o que coloca o termo como mero “discurso”. Por isto destacamos a importância de isolar esta categoria da própria judicialização da política, pois ambas possuem um alto grau de fluidez.

[15] MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**, 2002, p. 131.

[16] CANON, Bradley C. **Judicial Activism**, 1983; KMIEC, Keenan. **The origin and current meanings of judicial activism**, 2004.

que propomos problematizar[17] a judicialização e o próprio ativismo no campo da pesquisa jurídica.[18]

Outra explicação para a necessária diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial é a efetivação dos direitos fundamentais. Após o primeiro momento de inércia do Poder Judiciário diante do caráter programático de alguns direitos fundamentais, principalmente os sociais, passou-se a defender a necessidade de intervenção, de concretização destes direitos.

> As normas e princípios "directivos" e "programáticos" não possuem apenas uma eficácia obrigatória e plenamente vinculante em relação ao legislador ordinário. Vinculam ainda, dentro de certos limites e observadas certas condições, todos os órgãos constitucionais chamados à sua concretização e actualização. Melhor seria dizer-se que se dirigem, preliminarmente, não tanto á actividade legislativa quanto à chamada actividade de "indirizzo político". Muito mais do que simples normas "directivas", representam, objectivamente, um momento fixador na constituição do Estado de "directivas políticas gerais", de "princípios directivos materiais", numa época profundamente marcada pela intervenção deste último no domínio solidarista das "prestações sociais".[19]

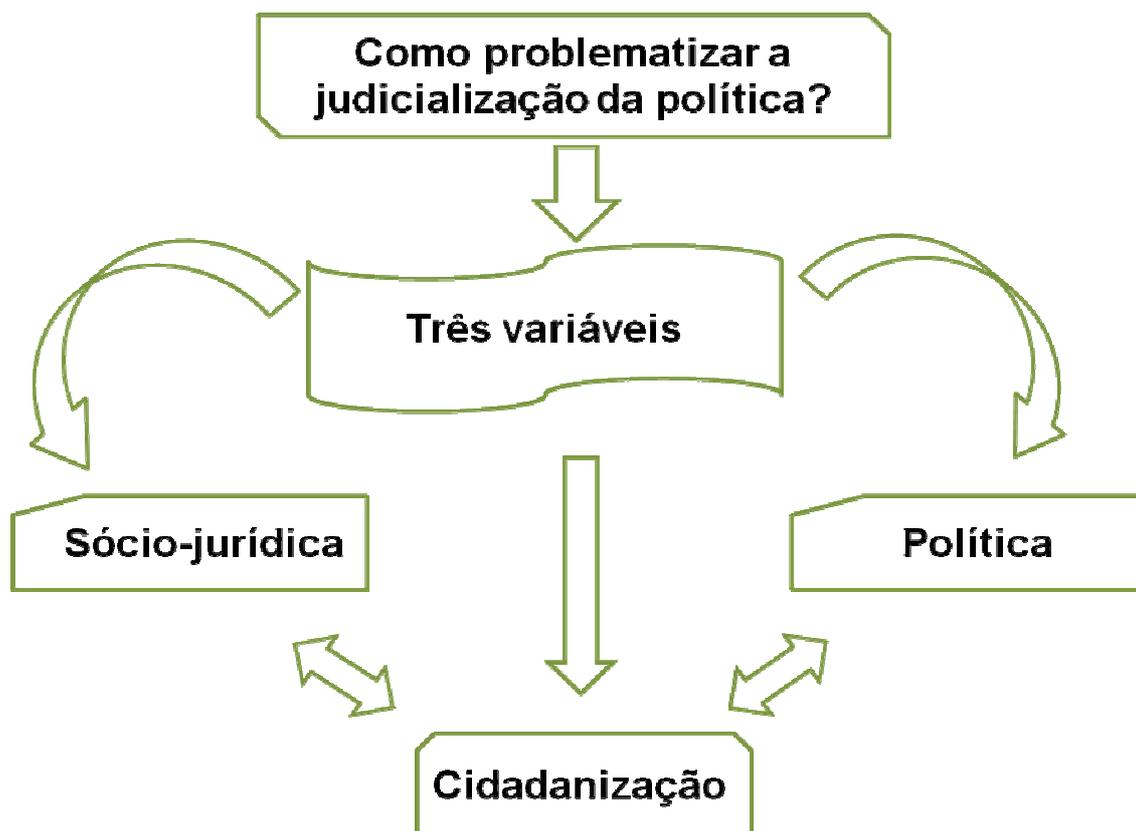
A grande questão parece residir nos limites da atuação do Poder Judiciário quando no contexto da judicialização da política. Em que medida o Poder Judiciário é ativista ou apenas efetiva os direitos previstos na Constituição? Esta é a principal pergunta. Nossa proposta de resposta perpassa uma terceira variável – a convergência para a cidadania e inclusão social.

Conforme a tabela abaixo, percebemos como principais categorias teóricas na análise sócio-política a juridicização das relações sociais, e na análise jurídica a teoria da separação dos poderes. Contudo, ambas conduzirão a controvérsia entre ativismo

[17] Toda a abordagem aqui proposta reside na busca por efetivos problemas de pesquisa – inquietações, questionamentos sobre o que é "posto", mas não apenas a partir da dogmática que também representa o "posto". É preciso problematizar a partir de diferentes variáveis/categorias teóricas que compreenderão o marco teórico.

[18] As premissas teóricas proporcionarão uma grade leitura para a análise do termo "ativismo". Assim, a identificação de uma "postura ativista" dependerá de premissas previamente definidas, como, conceito de norma jurídica, conceito de Direito, papel do Poder Judiciário, e outras.

[19] QUEIROZ, Cristina. **Os actos políticos no Estado de Direito**, 1990, p. 144.

judicial e efetivação dos direitos, que por sua vez pode conduzir a uma outra problemática – a da inclusão social ou “cidadanização”.

O processo de “cidadanização” decorre da necessidade de possibilitar a articulação entre leis e práticas sociais, em face de um contexto de cultura excludente. A inclusão social passa a ser um importante traço a acompanhar tanto a efetivação dos direitos sociais mediante políticas públicas eficazes quanto ao concreto exercício da cidadania, no sentido de todos se verem como “sujeitos de direitos”, independentemente das inúmeras variáveis frequentemente determinantes para a exclusão no Brasil, como cor, raça, opção sexual, e distribuição de renda.

A proposta é ver a problemática inserida na idéia de “direito a ter direitos”. Isto porque até a Constituição de 1988 o *status* de cidadão estava atrelado a determinadas características como ter carteira assinada (trabalhador formal) no que

Wanderley Guilherme dos Santos[20] chama de cidadania regulada. O novo modelo de proteção social brasileiro rompeu com esta tradição "reguladora" se preocupando com a efetiva inclusão social. Esta nova percepção do conceito de cidadania no âmbito da proteção social pode ser também observada nos direitos sociais em geral, os "direitos sociais como direitos", inclusive como passíveis de judicialização.[21]

Assim, a inclusão social e o processo de "cidadanização" ampliam as possibilidades de análise sócio-jurídica do fenômeno da judicialização da política, aproximando as pesquisas da realidade, permitindo categorizações sobre o exercício dos diferentes atores envolvidos.

3. A ATUAL PROBLEMÁTICA DE PESQUISA NO CAMPO JURÍDICO

Diante do exposto, é possível perceber um amplo campo de pesquisa considerando a judicialização da política como novo paradigma. Com o extenso rol de direitos fundamentais, cada um dos mesmos e suas respectivas políticas públicas poderão ser objeto de análise na pesquisa jurídica a partir das possibilidades de efetivação, de análise à luz de princípios constitucionais, de análise dos dados estatísticos sobre a sociedade brasileira e a inclusão social.

A resistência nestes objetos de pesquisa está no seu caráter interdisciplinar – sim, será preciso compreender a categoria teórica "política pública", objeto da ciência política; o mesmo quanto a questões de poder e a análise da dinâmica dos atores envolvidos. Contudo, estas categorias irão contribuir para a problematização da pesquisa jurídica no contexto do paradigma da judicialização da política.

Algumas problemáticas viáveis para a pesquisa jurídica seriam:

[20] **Cidadania e justiça**, 1979.
[21] COURTIS, Christian. **Social rights as rights**, 2009.

1 – Os processos judiciais que envolvem a judicialização da política para caracterizar um ativismo judicial ou efetivação dos direitos, o que percorre também analisar os motivos e fundamentação das decisões;
2 – as políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais e sua relação com princípios constitucionais;
3 – os diversos atores sociais envolvidos – autores dos processos, individuais ou coletivos e suas estratégias ao judicializar, os diversos interesses envolvidos;
4 – análise da atuação dos diversos atores jurídicos – Defensoria Pública, Ministério Público, Magistratura, Conselho Nacional de Justiça, Supremo Tribunal Federal, sua atuação, estratégias, interesses;
5 – definição mais precisa de categorias teóricas que dependem da análise de casos concretos como mínimo existencial, reserva do possível, papel do Estado.

Pedro Magalhães aponta uma hipótese a ser testada na problemática sobre a judicialização da política: os tribunais constitucionais não são diferentes de outros tribunais – não têm poder de iniciativa, ou seja, precisam ser provocados – assim, o papel político do Tribunal Constitucional depende de fatores que lhe são externos, em particular dos incentivos dos atores políticos para "judicializar" os seus conflitos através da litigância constitucional.[22]

Madalena Duarte propõe um interessante dilema: saber se a lei, bem como os tribunais, se assumem como instrumentos que permitem aos movimentos sociais desenvolverem estratégias de ação política e legal, reforçando as suas identidades como atores políticos. Esta tomada de posição, na nossa opinião, seria uma viável caracterização do ativismo judicial.[23]

---

[22] **The limits to judicialization: legislative politics and constitutional review in the Iberian Democracies**, 2003, p. 210.
[23] Para tanto a autora se utiliza de pesquisa em curso sobre os movimentos sociais, diante dos temas antes tidos como não políticos, como relações de gênero ou defesa do ambientes, que agora são politizados, e que acarretam novas categorias identitárias. Trabalha ainda com as formas de protesto escolhidas pelos novos movimentos sociais, que recentemente tem recorrido mais à ciência, à tecnologia e ao direito. O caráter emancipatório do direito e dos tribunais é um tema que traz muito polêmica. A autora destaca duas abordagens: uma que considera o Direito produtivo para os

Abromovich também aponta a possibilidade de diferentes atores recorrerem à intervenção judicial com o objetivo de mostrar outras frentes para a formação da "agenda pública"[24]:

> São estratégias legais complementares, que partem de uma perspectiva ou de um "enfoque procedimentalista": não se exige uma prestação, nem se impugna diretamente uma política ou uma medida referente a direitos sociais. O que se pretende é garantir condições que tornem possível a adoção de processos deliberativos de produção de normas legislativas ou atos da administração.[25]

Portanto, as possibilidades de pesquisa podem incluir a atuação e estratégias dos diferentes atores envolvidos na judicialização da política e na efetivação dos direitos e a partir disto uma contribuição para a "cidadanização" ou um ativismo judicial.

Uma outra importante variável a ser considerada quanto a cidadanização é a própria "qualidade da democracia". Em tese de doutorado, Heidi Ly Beirich analisa o Tribunal Constitucional Espanhol após a ditadura de Franco e aponta que a redistribuição do poder acarretada pelo novo desenho institucional com a criação do Tribunal Constitucional Espanhol, resultou em uma melhora na qualidade da democracia, por intermédio (dentre outras apontadas pela pesquisa) no estabelecimento de uma cultura de direitos (acesso dos cidadãos às Cortes) e no rompimento com o conservadorismo dos juízes, que não interpretam a lei, a aplicam (o que implica em uma corte mais ativa, inclusive para mudar a cultura política dos juízes).[26]

---

movimentos sociais, a outra não. (**Novas e velhas formas de protesto: o potencial emancipatório da lei nas lutas dos movimentos sociais**, 2005).

[24] O processo de formulação de políticas públicas inclui uma fase inicial denominada agenda pública, ou seja, quando um determinado tema é reconhecido pelos diferentes atores políticos como uma demanda a ser concretizada por intermédio de formulação de política públicas específica.

[25] ABROMOVICH, Victor. **Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados**, 2005, p. 210.

[26] **The role of the Constitutional Tribunal in Spanish Politics**, 1998.

Para Leonardo Morlino uma "boa democracia" é aquela que tem uma estrutura institucional estável que concretiza a liberdade e igualdade dos cidadãos por intermédio do funcionamento legítimo e adequado das instituições. Para o autor:

> A good democracy is thus first and foremost a broadly legitimated regime that completely satisfies its citizens (quality in terms of result). When institutions have the full backing of civil society, they can pursue the values of the democratic regime...Second, a good democracy is one in which the citizens, associations and communities of which it is composed enjoy at least a moderate level of liberty and equality (quality in terms of content). Third, in a good democracy, there are the citizens themselves who have the power to check and evaluate whether the government pursues the objectives of liberty and equality according to the rule of law. They monitor the efficiency of the application of the laws in force, the efficacy of the decisions made by government, and the political responsibility and accountability of elected officials in relation to the demands expressed by civil society (quality in terms of procedure).[27]

Portanto, a reivindicação pode ser uma estratégia dos diferentes atores e neste sentido contribuir para o adensamento da democracia via "cidadanização". Se retomarmos o comunitarismo político como filosofia da Constituição de 1988[28], a

---

[27] "Uma boa democracia é, primeiramente, mais um regime amplamente legitimado que satisfaz completamente seus cidadãos (qualidade em termos de resultado). Quando instituições têm uma completa fundamentação na sociedade civil, elas conseguem perseguir valores de um regime democrático... Em segundo lugar, uma boa democracia existe quando os cidadãos, associações e comunidade que a compõem possuem pelo menos um nível moderado de liberdade e igualdade (qualidade em termos de conteúdo). Em terceiro lugar, numa boa democracia, os próprios cidadãos têm o poder de conferir e avaliar se o governo está perseguindo os objetivos de liberdade e igualdade de acordo com o Direito. Eles monitoram a eficincia na aplicação das leis existentes, na eficácia das decisões estabelecidas pelo governo, e na responsabilidade e 'accountability' dos oficiais eleitos em relação às demandas da sociedade civil (qualidade em termos de procedimento). (MORLINO, Leonardo. **What is a "good" democracy?**, 2004, p. 12)

[28] Para saber mais: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**, 2000; XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**, 2010. O cerne do debate entre comunitaristas e liberais para os fins da presente análise reside na ênfase na participação do cidadão. O que embasa a crítica comunitarista ao liberalismo é a noção de justiça distributiva, priorizando o bem, e não os direitos, como fazem os liberais. E como para os comunitaristas o bem é determinado justamente a partir de sua especificidade histórica e cultural, surge o conceito de comunidade e a sua interface com a noção de participação política.

"fragmentação política" é um dos grandes receios para a democracia. Por fragmentação política Charles Taylor explica que:

> Quanto mais fragmentado um eleitorado democrático nesse sentido, tanto mais serão suas energias políticas transferidas para a promoção de agrupamentos parciais e tanto menos possível será mobilizar maiorias democráticas ao redor de programas compreendidos em comum. Surge o sentido de que o eleitorado como um todo é indefeso diante do Estado-Leviatã; um agrupamento parcial bem organizado e integrado pode de fato ser capaz de causar um impacto, mas a idéia de que uma maioria de pessoas possa moldar e levar a efeito um projeto comum passa a se afigurar utópica e ingênua. Nesse caso, as pessoas desistem. Essa simpatia já decadente com relação aos outros é ainda mais enfraquecida pela carência de uma experiência comum de ação, e uma sensação de impotência faz parecer uma perda de tempo tentar promover essa experiência. Mas isso, naturalmente, praticamente o torna impossível, e o círculo vicioso se fecha".[29]

Assim, fechamos o cenário das possíveis pesquisas jurídicas que envolvem a judicialização da política hoje, inserindo conceitos como cidadania e inclusão social como importantes variáveis para compreensão do novo papel exercido não apenas pelo Poder Judiciário, mas por diferentes atores jurídicos como Ministério Público e Defensoria Pública. A análise necessariamente deverá perpassar o posicionamento destes atores no campo jurídico e político, observando a possível influência na formulação de políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais, mas também nas diferentes estratégias dos atores sociais envolvidos, no que chamamos de "cidadanização".

CONCLUSÃO

Como conclusão, apresentamos o diagrama abaixo, onde apontamos a judicialização da política como paradigma apresentado pelo novo arcabouço jurídico e institucional pós-Constituição de 1988 e a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais como decorrência. Em seguida, visualiza-se as decorrências deste novo cenário – uma articulação dos diferentes atores envolvidos – Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública de um lado; e Poderes Legislativo

[29] TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**, 2000, p. 299/300.

e Executivo como os atores legitimados e para efetivação dos direitos fundamentais e formulação das políticas públicas.

Destes novos atores e do novo cenário decorre a temática aqui levantada como uma categoria teórica de problematização – a “cidadanização”. Em que medida o fenômeno da judicialização da política contribui para o adensamento democrático via processo de participação?

Desta feita, o paradigma da judicialização da política conforme aqui apontado é um importante fator gerador de pesquisa jurídica, desde que o campo da pesquisa jurídica permita a inclusão de novas categorias teóricas além da indefinição inerente ao termo fluído do ativismo judicial. O desafio é justamente precisar melhor o ativismo judicial a partir de categorias teóricas que partam da judicialização da política, mas a insiram no cenário da cidadanização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABROMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos.**, ano 2, n. 2, 2005, p. 189-223.

BEIRICH, Heidi Ly. **The role of the Constitutional Tribunal in Spanish Politics** (1980-1995). Thesis of Doctor of Philosophy. December 1998.

CANON, Bradley C. Judicial Activism. **Judicature**. V. 66, n. 6, dec-jan 1983, p. 237-247.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? **V Congresso de Direito da FAETE.** Teresina, maio 2010.

COURTIS, Christian. **Social rights as rights**. Disponível em httpp://www.yale.edu/documents/pdf/Courtis_Social_Rights_as_rights.pdf. Acesso em out 2009.

DUARTE, Madalena. **Novas e velhas formas de protesto: o potencial emancipatório da lei nas lutas dos movimentos sociais**. Disponível em www.ces.fe.uc.pt. Acesso em novembro 2005.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano. **Ou Isto ou Aquilo – a sociologia jurídica nas faculdades de Direito**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.

______________________ **Através do Espelho – ensaios de sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2001.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review,** v. 92, 2004, p. 1441-1477.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1990.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Lua Nova**, n. 57, 2002, p. 113-133.

MAGALHÃES, Pedro. **The limits to judicialization: legislative politics and constitutional review in the Iberian Democracies**. Thesis of Doctor of Philosophy. Ohio State University, 2003.

MORLINO, Leonardo. What is a "good" democracy? **Democratization**, Vol.11, No.5, December 2004, pp.10–32.

OLIVEIRA, Luciano. Que (e para quê) Sociologia? Reflexões a respeito de algumas idéias de Eliane Junqueira sobre o ensino da Sociologia do Direito (ou seria Sociologia Jurídica?) no Brasil. In: JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano. **Ou Isto ou Aquilo – a sociologia jurídica nas faculdades de Direito**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002, p. 95-133.

OLIVEIRA, Vanessa; CARVALHO, Ernani. **A judicialização da política: um tema em aberto**. Paper apresentado no Grupo de Trabalho Controles Democráticos e Cidadania, Encontro da Associação Nacional da Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais – ANPOCS, Caxambu, 2002.

QUEIROZ, Cristina. **Os actos políticos no Estado de Direito** – o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial** – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SCHWARTZ, Herman. **The struggle for constitutional justice in post-communist Europe.** Chicago: University of Chicago Press, 2000.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, N; VALLINDER, T. **The global expansioin of judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos Sociais –** afinal do que se trata? Belo Horizonte: UFMG, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck ET AL. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O CRITÉRIO DA HIPOSSUFIÊNCIA FAMILIAR DOS NECESSITADOS POSTULANTES DE AMPARO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

José dos Santos Carvalho Filho[1]

Resumo: Artigo científico que trata da implementação do direito à assistencial social, especificamente no que diz respeito ao benefício assistencial de prestação continuada ou amparo social, por meio de decisões judiciais. Apresentam-se dados dogmáticos, sobretudo precedentes judiciais, que evidenciam a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal em relação a uma situação específica – critério para aferição da renda mensal familiar *per capita* instituído pelo art. 20, § 3º, da Lei 8.472/1993 – e analisam-se as decisões dessa Corte a partir do contexto de judicialização da política, ativismo judicial e limites à atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal. Direitos Sociais. Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Amparo Social. Renda Familiar. Lei 8.742/1993. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232. Recurso Extraordinário 567.985. Ativismo Judicial.

Abstract: This paper deals with the implementation of the right to social assistance, specifically with regard to the benefit of providing continuing care or social support, through judicial decisions. Data are dogmatic, especially judicial precedents that show the attitude embraced by the Supreme Court in relation to a particular situation – the criterion for measuring *per capita* monthly family income established by art. 20, § 3º, of the Social Assistance Act – and analyzes the decisions of this Court from the context of judicialization of politics, judicial activism and limits on judicial power in the realization of fundamental social rights.

Keywords: Supreme Court. Social Rights. Provision of Continuing Care Benefit. Social Support. Family Income. Social Assistance Act. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232. Recurso Extraordinário 567.985. Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

Pressuposto inarredável para o desenvolvimento de qualquer trabalho científico é conhecer a definição de alguns institutos jurídicos que permeiam o tema.

[1] Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Por tal motivo, o escopo deste tópico é delinear alguns conceitos propedêuticos necessários para o desenvolvimento do trabalho, como as definições de: políticas públicas, ativismo judicial, judicialização da política, direitos sociais e Estado Constitucional de Direito.

É o que se passa a fazer nas próximas linhas.

As políticas públicas podem ser definidas como o conjunto de disposições, medidas e procedimentos que regem as atividades governamentais relacionadas ao interesse público e revelam a orientação política do Estado.[2]

Na seara jurídica, a políticas públicas são os instrumentos para a realização dos direitos fundamentais.

Tais instrumentos de concretização ultrapassam o espectro da tutela individual e se efetivam pela via coletiva. Por isso, é manifesta a importância das políticas públicas na atual quadra do constitucionalismo.[3]

As políticas públicas se materializam através de atividades institucionais e ações de sujeitos sociais que as realizam em cada contexto e condicionam seus resultados.

Muitos direitos fundamentais só podem ser usufruídos por meio da realização de políticas públicas. Isso ocorre com grande parte dos direitos sociais, culturais e econômicos, os quais não se realizam em níveis aceitáveis sem uma política, um serviço e uma rubrica orçamentária.[4]

Alexy defende a existência de direitos a ações positivas do Estado, cujos objetos podem ser ações fáticas ou atos normativos. Ressalta, entretanto, que quando se fala em direitos a prestações, faz-se referência, em regra, a ações positivas fáticas.[5]

A princípio, os direitos à prestação material devem ser realizados pelos órgãos políticos do Estado, que são democraticamente eleitos para estabelecer o bem-

---

[2] BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 22.

[3] BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 22.

[4] BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 22.

[5] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 201-202.

estar social. Ocorre que esse papel tem sido transferido para o Judiciário, em algumas situações.

No último século, surgiu a possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações sociais[6] e isso acarretou uma reviravolta no modo de realização dos direitos fundamentais sociais.

Ocorre que há de se refletir sobre os limites e atribuições imputadas ao Judiciário no que tange às políticas públicas destinadas a implementar esses direitos.

2 A REDEFINIÇÃO DAS FUNÇÕES DO JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Desde a redação originária, a Constituição da República de 1988 certifica que o Brasil, a exemplo de todos os Estados democráticos da contemporaneidade, é regido pelo princípio do Estado de Direito.

Tal princípio revela a ideia de subordinação do Estado ao ordenamento jurídico vigente, que dispõe sobre sua forma de atuação, funções e limitações.

O artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, já estipulava que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”.

Ingo Sarlet[7] ensina que a partir dessa formulação paradigmática, lançaram-se as bases do que passou a ser núcleo material das primeiras constituições escritas, de matriz liberal: limitação jurídica do poder estatal, por meio da separação dos poderes e da garantia de alguns direitos fundamentais.

Desse modo, o Estado absolutista oitocentista cedeu lugar ao Estado limitado pelo Direito, em que é possível identificar três pilares nos quais ele se sustenta: supremacia da lei, proteção de direitos fundamentais e divisão funcional do poder.

---

[6] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

Ocorre que esse modelo inaugural passou por muitas transformações substanciais.

Influenciado por ideais de justiça distributiva e com o escopo de reduzir as desigualdades sociais que culminaram em tempos de crise, o Estado percebeu a necessidade de intervir para promoção do bem-estar social, por meio da consagração e da realização de direitos a prestações materiais, a par das liberdades de primeira dimensão. Surge, pois, o que se convencionou chamar de Estado Social[8].

Hodiernamente, difunde-se a ideia de Estado Constitucional[9], tendo em vista que as transformações do Direito dos séculos XX e XXI mudaram os paradigmas do Estado.

A supremacia da lei cedeu lugar à supremacia da Constituição, fonte primeira do ordenamento jurídico-positivo; não se busca mais uma separação hermética das funções do Estado, na medida em que se percebeu a necessidade de interdependência e harmonia na atuação dos Poderes Públicos; e à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais foi acrescida uma dimensão objetiva.

O reconhecimento de supremacia e de força normativa da Constituição implicou estrutural mudança na hermenêutica jurídica, na medida em que todas as leis passaram a ser interpretadas à luz dessa norma.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais também acarretou significativas mudanças no Direito, uma vez que as liberdades públicas, positivas e negativas, deixaram de ser meros direitos subjetivos e passaram a ser valores do Estado, orientando a formulação e a execução das políticas públicas – eficácia dirigente – e espraiando seus efeitos para outras searas jurídicas – eficácia irradiante –, inclusive para ramos que regem a relações de direito privado – eficácia horizontal.[10]

Revisitando a teoria da separação dos poderes, percebe-se que os juízes não são mais a inanimada "boca da lei", mas os garantidores da complexidade

---

[8] HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7-12.

[9] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia.. 2002. p. 94 e ss.

[10] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 520 e ss.

estrutural do Direito e da necessária e útil coexistência entre lei, direitos e justiça.[11] Isso dá nova feição ao Poder Judiciário.

Como ensinam Cadermatori e Duarte[12]:

> O que caracteriza o Estado Constitucional – diferenciando-o, tanto do Estado de Direito como do Estado Social – é que todas as previsões constitucionais (de liberdades públicas individuais no Estado de Direito e direitos sócio-econômicos e culturais no Estado Social), enunciadas apenas em caráter formal, agora podem ser objeto de uma tutela jurisdicional, vale dizer, são *justiciáveis*, e isto se deveu, sobremaneira, a Kelsen. De fato, foi o jurista austríaco quem contribuiu de forma decisiva ao afirmar o protagonismo do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição (*Hutter der Verfassung*) na sua polêmica com Carl Schmitt na etapa da República de Weimar, tendo isto ocorrido em 1931.

Os autores referem-se ao clássico debate entre Kelsen e Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição.[13] Prevalece, na grande maioria das democracias atuais, a ideia de Kelsen segundo a qual o controle de constitucionalidade deve ser exercido por um órgão técnico imparcial.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando se pretende a verificação de constitucionalidade de leis em tese, e também pelos demais órgãos brasileiros imbuídos de jurisdição, incidentalmente.

Jurisdição significa a realização do Direito, por meio de terceiro imparcial, de modo criativo, autorizativo e com aptidão para tornar-se indiscutível.[14] Quando o exercício da jurisdição é pautado em preceitos da Constituição, está-se diante da jurisdição constitucional.

Tendo em vista que a Constituição é analítica e principiológica, a

---

[11] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: leys, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2007. p. 153.

[12] CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Estado de direito no contexto do neo-constitucionalismo e o papel das garantias fundamentais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 2007, Manaus. **Anais eletrônicos.** Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz_henrique_urquhart_cadernartori.pdf>. Acesso em 18 out. 2009.

[13] KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

[14] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 65.

jurisdição constitucional representa uma viragem hermenêutica de uma posição legalista e preestabelecida para uma interpretação pautada em princípios, na qual a decisão judicial deve ser racionalmente construída, mas os magistrados têm um campo de atuação elástico.

No que tange às normas constitucionais, diante da plurissignificância de sentido que lhes é inerente, o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen afirma que o texto das normas constitucionais funciona como molduras de obras de arte, dentro das quais há certa margem de discricionariedade.[15]

Friedrich Müller sustenta que norma não se confunde com o texto da norma. Esse é apenas um programa que estabelece premissa para a interpretação. Não pode haver interpretação contrária ao enunciado literal da norma, mas esse enunciado, por si só, não é suficiente para desvelar o sentido da norma, tanto que há constituições consuetudinárias.[16]

A normatividade decorre da junção entre texto e âmbito da norma, definido por Müller como o conjunto das diferentes funções concretizadoras da norma, a exemplo da concretização promovida por vários órgãos como Judiciário, sociedade, Administração Pública e própria ciência (doutrina).[17]

Assim, a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito. A partir do texto da norma, ponto de partida dogmático, interpreta-se o seu sentido.

As normas jurídicas constitucionais são gerais e indeterminadas, seja essa uma decorrência da impossibilidade de previsão de todos os acontecimentos fáticos do mundo, seja consequência de uma opção política.

A interpretação da norma decorre de um processo iniciado pela interpretação cognoscitiva e completado por um ato de vontade do órgão aplicador, em que a interpretação cognoscitiva oferece várias hipóteses de sentido, todas inseridas na "moldura" da norma, e a definição do sentido aplicável ao caso é

---

[15] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 387-397.
[16] MÜLLER, Friedrich. **Esboço de uma metódica do direito constitucional**. In: Métodos de trabalho do direito constitucional. 2ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 50-70.
[17] MÜLLER. ob. cit. pp. 50-70.

estabelecida por um ato de escolha do órgão aplicador[18].

O juiz não é mais considerado mera boca da lei, mas um dos intervenientes do processo de construção do Direito. O ato de vontade judicial representa uma decisão política, observada a inegabilidade dos pontos de partida[19] – texto da norma.

Isso acarretou certa hipertrofia do Judiciário. Esse Poder passa a ter uma atuação mais incisiva na sociedade, postura que é criticada, sobretudo por seu cunho supostamente antidemocrático, por alguns, e elogiada por outros justamente por permitir um novo espaço de debate democrático.

3 A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PELO JUDICIÁRIO

No âmbito dos direitos sociais, a controvérsia sobre os limites da atuação do Judiciário é ainda maior.

Tendo em vista que esses direitos exigem, preponderantemente[20], postura ativa do Estado para a elaboração/realização de políticas públicas, o Judiciário, como guardião da Constituição, surge como importante ator para inibir violações à Lei Fundamental. Ocorre que também se deve perquirir em que medida a atuação, quando exacerbada, compromete a harmonia e a estabilidade sociais.

John Rawls assevera que um dos princípios gerais de justiça é a proteção das liberdades básicas dos indivíduos,[21] sejam elas liberdades positivas ou negativas. Essas liberdades só são possíveis com a previsão de direitos fundamentais,

---

[18] KELSEN. ob. cit. pp. 387-397.

[19] FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 97-100.

[20] O termo "preponderantemente" foi invocado porque os direitos fundamentais de segunda dimensão também exigem omissões do Estado, como o direito de greve. Na realidade, os direitos fundamentais possuem natureza ambivalente, pois requerem, simultaneamente, comissões e omissões. Isso configura a dupla dimensão (positiva e negativa) dos direitos fundamentais. Na seara do direito à saúde, aos mesmo tempo que o Estado precisa adotar políticas públicas para sua implementação, ele deve se imiscuir de práticas atentatórias a esse direito. Nesse sentido: SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 268.

[21] RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp.12-24; 64-69; 146-153.O autor sustenta que se todos os homens fossem privados do conhecimento de sua posição na sociedade – se são homens ou mulheres, negros ou brancos, ricos ou pobres etc. –, situação que ele define como véu da ignorância, e conhecessem apenas o modo de funcionamento da sociedade, eles acordariam que a proteção das liberdades básicas dos indivíduos é um princípio geral de justiça.

mas não apenas com a previsão.

A simples existência de normas constitucionais que consagrem tais direitos não garante a sua implementação no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios.[22]

Os direitos fundamentais de primeira dimensão ou direitos liberais já são razoavelmente respeitados, mas os direitos sociais ainda caminham rumo à concretização, sobretudo porque sua implementação demanda gastos e decisões políticas dos Poderes Públicos.

Até pouco tempo, os direitos sociais eram vistos como meras normas programáticas ou, o que é ainda pior, como meros vetores interpretativos.[23]

A fundamentalidade dos direitos sociais era refutada, a pretexto da natureza jurídica imperfeita desses direitos, da ineficiência econômica e da suposta incompatibilidade com a proteção das liberdades negativas e dos direitos civis.[24]

Ante a não concretização dos direitos sociais previstos na Constituição, os cidadãos passaram explorar o Judiciário para a efetivação desses direitos, por meio de exercício da cidadania.

Como consequência dessa prática, operou-se uma aproximação entre a verificação judicial de compatibilidade vertical dos atos infraconstitucionais dos Poderes Públicos com a Constituição, definida como jurisdição constitucional, e o controle das políticas públicas para concretização de direitos sociais.

Ativismo judicial passou a ser termo amplamente utilizado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, embora sem muita precisão técnica.

Em muitas situações, o termo ativismo é associado à atual posição de destaque ocupada pelo Judiciário como decorrência do progressivo aumento de demandas sociais em processos. Isso mais se assemelha à judicialização das políticas públicas.

---

[22] BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 200.
[23] Considera-se a natureza de vetor interpretativo pior do que a de normas programáticas porque estas normas possuem grau de eficácia, ainda que reduzido.
[24] BELLO. ob. cit. p. 182.

Como leciona Luís Roberto Barroso, a judicialização da política envolve transferência de poder, do Executivo e do Legislativo, para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.[25]

O termo judicialização da política passou a ser utilizado a partir da obra de Tate e Vallinder, em que os autores abordaram o conceito e as condições institucionais para a expansão do Poder Judiciário no processo decisório em Estados Democráticos.[26]

Em síntese, a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição.

A expressão "ativismo judicial" tem sentido, embora semelhante, diverso do acima referido. Em ambos os casos, há aproximação entre jurisdição e política, mas essa aproximação decorre de necessidade, quando se está diante de judicialização, e de vontade, quando se trata de ativismo.

Pela precisão, transcrevem-se as lições de Luís Roberto Barroso:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.[27]

Nesse estudo, são imprescindíveis as lições do jurista americano

---

[25] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso: 26/ago/2009

[26] TATE, N. Why the expansion of judicial power? In: TATE, N.; VALLINDER, T. (org). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press, 1995, p. 27-37.

[27] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso: 26/ago/2009.

Bradley Canon, que já em 1983, buscava evidenciar o que vem a ser um comportamento judicial ativista.[28] O autor apresenta seis dimensões do ativismo judicial[29], as quais evidenciam um núcleo presente em todas as posturas judiciais consideradas ativistas, qual seja, a ideia de que o Judiciário está ingressando de forma inovadora em seara das funções políticas do Estado que representam democraticamente o povo.

Assim, há ativismo judicial quando se rompe com a fidelidade interpretativa, bem como quando se quebra a estabilidade interpretativa, adotando-se orientação frontalmente diversa da adotada pelos precedentes judiciais.

Interessa a este artigo, sobretudo, o ativismo judicial por inovação material do Direito que cria direitos e deveres não estipulados pelo legislador, por meio de criatividade interpretativa, especificidade ou ainda por necessidade de prestação alternativa, as quais impõem ao Estado a execução de políticas públicas não preestabelecidas no que tange aos direitos fundamentais sociais.

4 O PROBLEMA DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Os direitos sociais, como direitos à prestação, visam a atenuar desigualdades. São, pois, instrumentos precípuos de distribuição de renda.

Esses direitos têm algumas peculiaridades, como a baixa densidade normativa, na medida em que dependem de recursos para serem distribuídos; e a previsão pelo constituinte em grau muito maior do que o que pode ser efetivamente implementado.[30]

Isso faz com que a doutrina afirme que esses direitos à prestação devem ser submetidos à reserva do financeiramente possível. Não se podendo atender a todos os direitos fundamentais à prestação no grau máximo de eficácia, deve-se conceder o que for possível no momento.

---

[28] CANON, Bradley C. **Defining the dimensions of judicial activism. In: Judicature**. v. 66, n. 6, dec-jan, 1983, pp. 236-247.

[29] *Majoritarianism, interpretative stability, interpretative fidelity, substance/democratic process distinction, specificity of policy;* e *avalability of an alternate policymaker*.

[30] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 260.

Devido a essa situação, há que se selecionar o que é considerado prioritário. O problema emergente da situação é determinar quem é o responsável pelas escolhas das prioridades. Quem deve tomar essas decisões? Quem detém legitimidade para decidir sobre alocação de recursos?

Como o Brasil é uma república democrática, fundada no princípio da soberania popular, há que se concluir que essa decisão deve partir do povo, diretamente ou por meio dos seus representantes eleitos, nos termos da Constituição.

A composição do Judiciário brasileiro não segue a mesma sistemática que os Estados Unidos, onde há magistrados eleitos. No Brasil, o ingresso na magistratura de primeiro grau depende da aprovação em concurso público de provas e títulos e, nos demais graus, de submissão a um rigoroso processo de indicação e aprovação.

O fato é que não há eleição para a escolha dos membros do Judiciário, como ocorre no Legislativo e no Executivo.

Diante disso, questiona-se se o juiz tem legitimidade para atuar a fim de se imiscuir em decisões políticas que deveriam partir dos outros Poderes da República.

Em princípio, não cabe intervenção judicial. Onde há espaço para alocação de recursos, quem deve tomar decisão é o povo, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.

Por tudo isso, é difundida a ideia de que os direitos sociais são direitos na medida da lei e a simples previsão desses direitos na Constituição não autoriza a intervenção do Judiciário, vez que sua concretização depende da conformação que os representantes do povo, por meio de decisões políticas, lhes concedem.

Ocorre que, se o Judiciário não puder agir, esses direitos correm risco de serem esvaziados, tornando simbólicas as previsões constitucionais.

Ademais, embora a transposição do Estado de Direito para Estado Social de Direito interesse muito para o presente trabalho, ela já foi superada pelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, pautado em três paradigmas: supremacia da Constituição, dimensão objetiva de direitos fundamentais e interdependência dos Poderes.

Deve-se reconhecer uma eficácia normativa mínima aos direitos sociais constitucionalmente previstos. Embora o Legislativo possa moldar o conteúdo dos direitos sociais, se o constituinte já delineou os limites mínimos que devem ser cumpridos, não se pode desrespeitar o que foi imposto a pretexto de tratar-se de normas de conteúdo programático.

Apesar de se reconhecer que esses direitos sociais dependem da existência de recursos e de decisões sobre como serão distribuídos, eles devem ser concretizados em uma eficácia mínima.[31]

A título de exemplo, pode ser citado o caso da educação. A Constituição garante a todos o direito a um ensino básico gratuito. Ao estabelecer isso, já está estipulando a eficácia mínima do direito à educação. Não se pode fornecer ensino superior gratuito a todos, mas a educação básica é uma obrigação impostergável do Estado.

Outros casos são mais complexos, como a eficácia mínima do direito à saúde. Pode-se afirmar que a destinação constitucional de percentual de verbas à saúde é um mínimo que deve ser respeitado.[32]

Nesse contexto, se não estivermos diante da eficácia mínima, fica vedada a intervenção judicial, sob pena de vilipêndio ao princípio da separação dos Poderes, mesmo que interpretado à luz da teoria de *checks and balances*.

O ativismo judicial com o intuito de garantir eficácia máxima a direitos sociais, quando já existe atuação dos Poderes Públicos competentes, configura hipótese de usurpação de competência.

Se é verdade que a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania[33] e para a realização dos direitos sociais, não é menos

---

[31] TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

[32] BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abril/jun 2005, pp. 83-103.

[33] Cidadania pode ser vista sob perspectiva restrita ou ampla.

Em sentido estrito, cidadania é a qualidade do indivíduo que possui gozo dos direitos políticos no seu Estado. Essa é a definição amplamente divulgada por constitucionalistas brasileiros. Entretanto, ela não é adequada para o atual estágio do constitucionalismo em que se vive.

A cidadania deve ser encarada, ao mesmo tempo, como condição de possibilidade e fim máximo da democracia. Não há que se cogitar em livre exercício de direitos políticos se o cidadão não vê resguardados alguns dos seus direitos fundamentais mais básicos, como liberdade, saúde e educação.

verdade que as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos e além das possibilidades orçamentárias.[34]

Lançadas todas essas premissas, passa-se a analisar o tema a partir de uma situação particularizada, relacionada ao direito ao amparo social e a postura que o Poder Judiciário brasileiro, representado pelo seu órgão maior – Supremo Tribunal Federal – adota.

5 O DIREITO AO AMPARO SOCIAL, A LEI 8.742/93 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.232

O estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem, uma vez que são as constituições que citam o rol dos direitos fundamentais a serem assegurados pelo Estado.

Inicialmente, surgiram os direitos de primeira dimensão, que exigem prestação negativa do Estado, um deixar de agir, funcionando como verdadeiras escusas aos tentáculos estatais, com o escopo de pôr fim ao absolutismo.

Com o passar dos tempos, surgiram os direitos de segunda dimensão, que, em contraposição aos seus antecessores, não prescindem de conduta ativa do Estado, transformando-o em Estado Assistencial, cuja função é tentar propiciar a igualdade material dos cidadãos, em detrimento da mera isonomia formal.

A transformação do Estado liberal em Estado social deveu-se à constatação de que o absenteísmo total do Estado não é o ideal, tendo em vista a

---

Assim, sob uma ótica mais ampliada, cidadão é quem detém, perante o Estado e a sociedade, um conjunto de direitos e deveres fundamentais33.
Para estudo do tema, indica-se a leitura de MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada**. In: Cadernos de Direitos Humanos 1: Direitos Negados: Questões para uma política de direitos humanos. Rio de Janeiro: Centro de Documentação da Secretaria de Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro, 2004.

[34] MENDES, Gilmar Ferreira. Discurso de abertura da audiência pública da saúde. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso: 10/out/2009.

necessidade de interferências estatais com o escopo de reduzir desigualdades sociais. Assim, surgiu o denominado Estado Providência.

Nesse contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil, que é impregnada de ideologia social democrata, dispõe em seu artigo sexto, que "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, **a assistência aos desamparados** (...)".[35]

A partir desse modelo, a solidariedade passa a ser gerenciada pelo Estado e a assistência assume caráter social, sem embargo da continuação da participação das organizações privadas.[36]

Registre-se, ainda, que a instituição do Estado Constitucional de Direito complementa e reforça a eficácia dos direitos fundamentais, como já se apresentou em linhas anteriores.

O objetivo deste trabalho é analisar, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), o instituto da seguridade social denominado amparo social, o qual é uma das formas de concretização do direito social de assistência do Estado aos desamparados.

Segundo Marcelo Tavares, a assistência social é um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para auxiliar as pessoas necessitadas. Para o Estado, é um dever a ser realizado por meio de ações diversas que visem atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas da vida humana; e para esses cidadãos, é um direito social fundamental à prestação de assistência, independentemente de contribuição, quando inexistem condições de provimento do próprio sustento de forma permanente ou provisória.[37]

Essa definição vai ao encontro do que dispõe o art. 1º da Lei Orgânica da Assistência Social[38], segundo o qual "a assistência social, direito do cidadão e

---

[35] BRASIL, Constituição da República Federativa do (1988). Senado Federal : Brasília, 2008. p. 20.
[36] TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. In: In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1123.
[37] TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. In: In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1132.
[38] Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas".

A assistência social está prevista constitucionalmente nos artigos 6º e 203, os quais são regulamentados, principalmente, pela referida Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) – Lei 8.742/1993.

A Constituição da República, no art. 203, prevê que a assistência social será prestada aos que dela necessitarem, independentemente de contribuição social.

Mais adiante, no inciso V do mesmo dispositivo, prevê a garantia de um salário mínimo de benefício ao idoso e ao portador de deficiência que comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme disposto em lei.

Há, portanto, dois requisitos para a fruição desse benefício assistencial de prestação continuada: 1) deficiência ou idade avançada; e 2) situação de necessidade.

Verifica-se, também, que a ressalva da Constituição de lei para disciplinar a matéria insere a norma constitucional, segundo orientação do próprio STF[39], no grupo das normas de eficácia contida.[40]

Assim, sendo norma constitucional de eficácia contida, o direito ao amparo social existe e pode ser usufruído por idosos e pessoas portadoras de deficiência que comprovem não possuir meio de prover a própria mantença ou de tê-

---

[39] Nesse sentido, a Medida Cautelar na Ação Direita e Inconstitucionalidade 1.232, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 26/5/1995.

[40] Nesse momento, é imperioso relembrar a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia sugerida por José Afonso da Silva, que as classificou em três grupos: normas constitucionais de eficácia plena; de eficácia contida; e as de eficácia limitada. Normas de eficácia plena são autoexecutáveis, têm aplicabilidade plena, direta e integral e dispensam lei integrativa. Normas de eficácia contida são as disposições constitucionais que têm aplicabilidade direta e plena quando promulgadas, mas permitem que uma lei infraconstitucional posterior restrinja sua eficácia.

As normas constitucionais de eficácia plena e as de eficácia contida possuem aplicação imediata, sendo que o que as diferencia é o fato de a eficácia do primeiro grupo não poder ser restringida por normas infraconstitucionais e a do segundo ser redutível, isto é, as normas têm eficácia plena até o advento de uma norma que as restrinja. As normas constitucionais de eficácia limitada, por fim, são aquelas que não gozam de aplicabilidade imediata, só podendo ser exercidas nos termos de uma lei, chamada lei complementar[40] ou outro ato do Poder Público que complemente a sua eficácia (Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo : Malheiros, 2007. pp. 81-87).

la provida por sua família.

Ocorre que a Lei 8.742/1993 restringiu o alcance da norma constitucional, ao estabelecer objetivamente quais famílias devem ser consideradas impossibilitadas de prover o sustento do idoso ou do portador de necessidades especiais que as compõem.

Transcrevem-se os exatos termos da lei:

> Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta)[41] anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.
> (...)
> § 3º considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora e deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), Lei 8.742/1993, ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, explicitou os requisitos para concessão de amparo social no valor mensal de um salário mínimo aos idosos e aos portadores de deficiência que, comprovadamente, não possuam meios para prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Interessa para o presente trabalho o requisito objetivo de comprovação da incapacidade do idoso ou do deficiente para sustento próprio ou pela família, que a lei limitou às pessoas cuja renda familiar mensal *per capita* seja inferior a ¼ do salário mínimo.

Devido à heterogeneidade dos casos, referido critério sofreu ponderações em sua aplicação, de modo que muitos Juízos passaram a admitir outras formas de comprovação da hipossuficiência. O critério de capacidade financeira estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, já que possibilitava que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do

[41] Registre-se que a Lei 10.741/2003 reduziu para sessenta e cinco anos a idade necessária para que idosos possam pleitear o benefício assistencial de amparo social, no termos do art. 34.

amparo social.

Registre-se que, antes do advento da Lei 8.742/1993, as pessoas portadoras de deficiência e idosas poderiam demonstrar hipossuficiência por qualquer meio, em virtude da inexistência de lei que restringisse o alcance da norma constitucional de eficácia contida.

Com a edição da referida lei, entretanto, apenas os portadores de deficiência e idosos cuja renda familiar mensal *per capita* seja igual ou inferior a ¼ do salário mínimo vigente no país passaram a deter legitimidade para pleitear o benefício de amparo social.

Ocorre que esse não é o único caso em que se pode constatar a impossibilidade de prover o próprio sustento nem tê-lo provido por sua família. Nesse contexto, proliferaram-se divergências jurisprudenciais sobre o tema, o que motivou a interposição de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal: ADI 1232.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se por uma declaração parcial de inconstitucionalidade com aplicação do instituto da interpretação conforme a Constituição. O parecer foi no sentido de que o caso previsto na Lei 8.742/1993 trata-se de presunção absoluta de necessidade de amparo social, o que não obstaculiza, por meio da análise de casos concretos, a constatação de outros casos de necessidade não abrangidos pela presunção.

Essa orientação foi adotada pelo relator do processo, Min. Ilmar Galvão. Entretanto, o Ministro Nelson Jobim abriu divergência para concluir pela completa constitucionalidade da lei, entendendo que se o art. 203, V, da Constituição é uma norma constitucional de eficácia contida, compete à lei 8.742/1993 disciplinar os termos para a concessão do amparo social, o que foi efetivado, por meio de um critério objetivo, qual seja, a renda mensal *per capita* da família igual ou inferior a ¼ do salário mínimo vigente no país.

Ao final do julgamento, prevaleceu o entendimento inaugurado pelo

Min. Nelson Jobim e o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, em decisão que restou assim ementada:

> CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

Assim, o pedido de inconstitucionalidade do limite de ¼ do salário mínimo de renda familiar mensal per capita para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao amparo social previsto no inciso V do art. 203 da Constituição, foi refutado, de modo que o critério objetivo permaneceu hígido no ordenamento jurídico brasileiro.

6 O AMPARO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS O JULGAMENTO DA ADI 1.232

A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento da ADI 1.232 não resolveu a controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS, na medida em que vários Juízos continuaram a elaborar construções hermenêuticas com o escopo de contornar o critério objetivo estabelecido na Lei 8.742/1993 e avaliar o real estado de miserabilidade social dos idosos e deficientes.

Diversos Juízos brasileiros continuaram a se pronunciar sobre a

insuficiência do parâmetro legal para cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana, sustentado a possibilidade de ser temperado o critério à vista da situação do caso concreto em que se verifique haver peculiaridades subjetivas.[42]

Em decorrência do entendimento divergente, várias reclamações foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal e a Corte, em um primeiro momento, julgou procedentes tais ações[43], mas posteriormente, passou a flexibilizar sua orientação originária[44].

Registre-se que, após o julgamento da ADI 1.232, foram editadas diversas leis que estabeleceram critérios mais elásticos – ½ salário mínimo, no que diz respeito à renda familiar *per capita* para fins de comprovação de hipossuficiência econômica – para a concessão de outros benefícios que também têm natureza assistencial, a exemplo da Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; da Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; e da Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola.

Essas leis, especificamente no que tange ao critério objetivo da renda familiar, passaram a ser interpretadas como vetores para a elaboração das políticas públicas de assistência social, de modo que o novo critério de ½ salário mínimo passou a ser adotado como referência para comprovação da necessidade econômica.

Sobre o tema, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, editou a Súmula n. 6/2004, com o seguinte teor:

---

[42] TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. In: In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1137.

[43] Por todas as decisões, citem-se os julgamentos do Agravo Regimental na Reclamação 2.303, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 1/4/2005; e do Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 4.427, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 29/6/2007.

[44] Por todas as decisões, cite-se o julgamento da Medida Cautelar na Reclamação 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6/2/2007. Neste caso, o pedido de medida liminar foi indeferido pelo relator, após a verificação de várias decisões do Tribunal que flexibilizaram o entendimento quanto ao tema, e os autos foram remetidos à Procuradoria-Geral da República, para elaboração de parecer. Referido processo ainda está pendente de análise quanto ao mérito.

> O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a ¼ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, restou modificado para ½ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º, I, da Lei nº 9.533/97, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA.

Após a edição dessa Súmula, foram interpostos vários recursos para o STF, nos quais se discute a alteração do parâmetro para aferição da miserabilidade de ¼ para ½ do salário mínimo, entre os quais, destaca-se o Recurso Extraordinário 567.985, Rel. Min. Marco Aurélio.

Referido recurso foi ajuizado contra decisão de Turma Recursal de Mato Grosso que negou provimento ao recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, ao fundamento de que a recorrida tem direito ao recebimento do benefício assistencial de prestação continuada, mesmo não preenchendo os requisitos previstos no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, tendo em vista a comprovação da condição de miserabilidade no caso concreto, bem como por reconhecer que o critério objetivo de aferição do estado de pobreza foi modificado de um quarto para meio salário mínimo, ante o disposto nas Leis 9.533/1997 e 10.689/2003.

Nas razões do recurso extraordinário, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) alega que houve transgressão dos artigos 203, V, e 205, § 5º, da Carta da República, na medida em que a turma recursal contrariou o pronunciamento do Supremo assentado no julgamento da ADI 1.232, já que alargou o âmbito de incidência da Lei 8.742/1993, por permitir que o estado de miserabilidade dos beneficiários de amparo social seja comprovado por critérios diversos do estabelecido em lei.

Ocorre que, em vez de cassar liminarmente a decisão contrária ao entendimento da Corte sedimentado no julgamento a ADI 1.232, o Ministro Marco

Aurélio submeteu o tema à análise de repercussão geral[45], por meio do Recurso Extraordinário 567.985. Em 8/2/2008, foi reconhecida a relevância do tema, que ainda está pendente de análise pelo Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

No julgamento de mérito do Recurso Extraordinário 567.985, o Supremo Tribunal Federal se debruçará sobre a questão da alteração do critério objetivo para apuração da miserabilidade dos postulantes de amparo social.

Na realidade, a Suprema Corte reapreciará uma política pública estabelecida conjuntamente pelos Poderes Legislativo e Executivo e já declarada legítima pelo próprio Supremo Tribunal Federal em outra oportunidade. A aplicação da sistemática da repercussão geral ao tema e o transcurso de mais de três anos desde o reconhecimento da relevância sem apreciação de mérito indicam, no mínimo, uma inquietação do Supremo Tribunal Federal em relação a essa política pública.

Isso porque se entende que, se o STF estivesse tranquilo e conformado quanto à decisão proferida no julgamento da ADI 1.232, a decisão recorrida do processo-paradigma acima referido teria sido cassada liminarmente, por ser contrária à orientação firmada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, imbuída de efeitos *erga omnes* e vinculantes em relação à Administração Pública e aos órgãos do Poder Judiciário.

Resta saber se o STF efetivamente decidirá que houve mutação no critério de identificação dos necessitados para estabelecer que, atualmente, têm direito ao amparo social os idosos e os deficientes cuja renda familiar *per capita* seja superior a ½ salário mínimo, situação em que a decisão será contrária à disposição

[45] Sistemática de racionalização de julgamento de recursos extraordinários por meio da seleção de processos-paradigmas representativos de controvérsias.

literal de lei já declarada constitucional e será hipótese de manifesto ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abril/jun 2005.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: SAFE, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso: 26/ago/2009.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Estado de direito no contexto do neo-constitucionalismo e o papel das garantias fundamentais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 2007, Manaus. **Anais eletrônicos.** Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz_henrique_urquhart_cadernartori.pdf>. Acesso em 18 out. 2009.

CANON, Bradley C. **Defining the dimensions of judicial activism**. In: Judicature. v. 66, n. 6, dec-jan, 1983, pp. 236-247.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max

Limonad, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Discurso de abertura da audiência pública da saúde. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso: 10/out/2009.

MÜLLER, Friedrich. **Esboço de uma metódica do direito constitucional**. In: Métodos de trabalho do direito constitucional. 2ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. In: In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1123.

TATE, N. Why the expansion of judicial power? In: TATE, N.; VALLINDER, T. (org). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: leys, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2007.

O QUE É DIREITO

Ivete Maria de Oliveira Alves[1]

RESUMO

Este artigo é uma reflexão acerca do conceito de direito. Conceito importante diante da judicialização da política, o novo paradigma da sociedade atual. Uma vez que a cada dia mais questões cotidianas são levadas aos tribunais e o magistrado, como intérprete da lei, tem o dever de aplicar o direito para cumprir seu dever jurisdicional. Nesta tarefa, muitas vezes é acusado de ativista, ou usurpador de poderes do legislativo. O artigo tem a pretensão de fornecer elementos que auxiliem na análise do questionamento da legitimidade destas decisões.

PALAVRAS CHAVES: Direito; lei; juiz; legitimidade.

ABSTRACT

This article is a reflection on the concept of low. Important concept before the legalization of politics, the new paradigm of the modern society. Since more and more everyday issues are brought to court and the magistrate, as an interpreter of the law, has the duty to apply the law to fulfill his duty to the courts. In this task, it is often accused of activist, or usurping the powers of the legislature. The article purports to provide elements that help in analyzing the question of the legitimacy of these decisions.

KEY WORDS: Low; Law; magistrate; legitimacy

[1] Mestre em direito constitucional pelo IDP – Instituto brasiliense de direito público. Professora no Inesc e advogada.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, pretende-se fazer uma reflexão acerca do conceito de direito e sua manifestação através das normas escolhidas para regular os comportamentos das pessoas em sociedade. Para atingir este objetivo geral, define-se como objetivos específicos: Realizar uma análise do significado do direito, sua dogmática, validade, pretensão de racionalidade, interpretação e sua possível redução à mera simbologia. A compreensão do conceito de direito atribuído por cada sociedade no decorrer do tempo, é fundamental para identificar-se a legitimidade das decisões judiciais proferidas por seus tribunais. Pois, tem-se observado que em muitas decisões, o magistrado ao decidir um caso concreto que lhe é apresentado, fundamenta sua decisão em um direito que se constrói a cada decisão. A metodologia utilizada consiste em pesquisa bibliográfica.

1.1 – A PALAVRA DIREITO

A palavra direito é usada pelo homem em diferentes situações, adquirindo diferentes significados. Reale (2010) ensina que a palavra direito é marcada pela ambigüidade, adquirindo diversos sentidos. Muitas vezes usa-se a palavra direito como sinônimo de lei, como ciência jurídica e até mesmo como justiça. É comum a confusão com seu objeto. É simultaneamente fato histórico-social, uma ordem de valores e um conjunto de normas.

> "Direito" significa, por conseguinte, tanto o ordenamento jurídico, ou seja, o sistema de normas ou regras jurídicas que traça aos homens determinadas formas de comportamento, conferindo-lhes possibilidades de agir, como o tipo de ciência que o estuda, a Ciência do Direito ou Jurisprudência (REALE, 2010, p. 62).

O direito é objeto de diferentes ciências, como a história do direito, que estuda seu desenvolvimento no tempo; a sociologia jurídica, que estuda o fenômeno jurídico e a ciência jurídica propriamente dita. Assim, não é possível existir um extremado

rigor terminológico no conceito de direito, que fatalmente se ajustará à complexa conduta humana.

> O Direito é, por certo, um só para todos os que o estudam, havendo necessidade de que os diversos especialistas se mantenham em permanente contato, suprindo e completando as respectivas indagações, mas isto não quer dizer que, em sentido próprio, se possa falar numa única Ciência do Direito, a não ser dando ao termo “Ciência” a conotação genérica de “conhecimento” ou “saber”, suscetível de desdobrar-se em múltiplas “formas de saber”, em função dos vários “objetos” de cognição que a experiência do Direito logicamente possibilita. A unidade do Direito é uma unidade de processus, essencialmente dialética e histórica, e não apenas uma distinta aglutinação de fatores na conduta humana, como se esta pudesse ser conduta jurídica abstraída daqueles três elementos (fato, valor e norma) que são o que a tornam pensável como conduta e, mais ainda, como conduta jurídica. Não se deve pensar, em suma, a conduta como uma espécie de morada que acolhe três personagens, pois a conduta, ou é a implicação daqueles três fatores, ou não é nada, confundindo-se com qualquer forma de atividade psicofísica indiferenciada (REALE, 1960, p. 463).

Assim, toda conduta humana é objeto do direito. E diante da complexidade e pluridade das condutas humanas o direito torna-se essencialmente plural, ou no mínimo tridimensional.

O próprio Kelsen (2000), ao tentar isolar o direito, como um objeto puro e científico, considerando direito apenas os atos passíveis de adequação dentro de uma moldura legal, acaba admitindo que o direito positivo não é apenas aquele previsto nas normas postas pelo Estado na legislação, mas também as decisões dos tribunais, desde que de acordo com o fundamento de validade do ordenamento jurídico, ou seja, desde que de acordo com a norma fundamental.

È comum a identificação do direito com a lei, todavia adverte Lyra Filho (2007) que a lei sempre emana do Estado e permanece ligada à classe dominante, que rege as sociedades politicamente organizadas, não sendo possível acreditar-se que a lei seja a expressão de um direito autêntico, legítimo e indiscutível. Portanto não seria correto aprisionar o direito à lei, ou ao conjunto de normas estatais; este deve ter alargado o seu foco, para alcançar o interesse das minorias geralmente excluídas do processo legislativo.

> Nesta perspectiva, quando buscamos o que o Direito é, estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social. Isto não significa, porém, que é impossível determinar a "essência" do Direito – o que, apesar de tudo, ele é, enquanto vai sendo: o que surge de constante, na diversidade, e que se denomina, tecnicamente, ontologia. Apenas fica ressalvado que uma ontologia dialética, tal como indicava o filósofo húngaro Lukács, tem base nos fenômenos e é a partir deles que procura deduzir o "ser" de alguma coisa, buscado, assim, no interior da própria cadeia de transformações (LYRA FILHO, 2007, p. 12).

Os fenômenos sociais vão dando novas feições ao direito. Novas teorias vão surgindo. E certo é que a elaboração das cartas políticas que instituem os Estados depende de uma teoria do direito que lhes dê sustentação.

Direito é uma ciência social e como tal, não apenas descreve os sistemas reais, ocupa-se também do estudo e elaboração dos sistemas ideais, em outras palavras, é a prescrição do dever ser. Afirma Barroso (2000), que o direito não se limita a explicar os fenômenos sociais, mas investe-se de caráter normativo, estabelece normas de comportamento que impostas à realidade devem produzir efeito aperfeiçoador.

Estas normas de comportamento juridicizadas formam o direito objetivo, cuja expressão máxima é a Constituição de cada Estado.

> A Constituição, já se teve oportunidade de assinalar, é um sistema de normas jurídicas. Ela institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados (BARROSO, 2000, p. 77).

A Constituição Federal institui o tipo de Estado e define sua organização e funcionamento e também assegura direitos e garantias individuais. Faz também promessas para as gerações futuras e estabelece perspectivas de realização de um Estado social, que deve ser almejado.Garantir a realização destas promessas, quando a realização do direito não se efetiva por omissão do legislador ordinário, é tarefa nada simples.

Diante da complexidade social, não é também possível que uma Constituição preveja ou regule tudo; desse modo, é preciso que assuntos complexos e socialmente relevantes sejam delegados ao legislador ordinário (SILVA, 2008). Como é o caso do direito de greve aos servidores públicos civis que foi garantido pela norma

constitucional, todavia depende de norma específica, o que é esperado há duas décadas, tornando-se mero direito simbólico que não se materializava em razão da omissão legislativa. Omissão agora suprida pela nova postura do tribunal, que enquanto não publicada a lei, determina que a lei que regula a greve para os trabalhadores da iniciativa privada, regule também a greve dos servidores públicos civis.

Na prática esta atitude tem sido denominada ativismo judicial, pois leva o Tribunal a ir além da interpretação, para garantir a concretização dos direitos subjetivos dos cidadãos.

> Menos que defender a Constituição (que já não parecia alvo de riscos reais e imediatos), aquilo de que se passam a ocupar as cortes constitucionais, trata-se de garantir os enunciados prospectivos desse mesmo texto fundante, buscando a sua eficácia (VALLE, 2009, p. 27).

Portanto o conceito de direito é fundamental para se compreender este ativismo judicial[2]. Afinal o direito é um pensamento formador ou conformador da realidade social? Para Saul Leal (2010) contribuir para concretizar direitos já positivados pelo legislador não é praticar ativismo, é apenas ser uma corte comprometida com a Constituição.

No Brasil deste século XXI, tem crescido a participação do intérprete na criação do direito. Como ensina Ana Paula de Barcellos (2005), por duas razões fundamentais:

> Em primeiro lugar, os sistemas jurídicos contemporâneos, e em particular o brasileiro, conferem ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo. Retomando o que se registrou na introdução, a utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, dentre outros mecanismos, transfere ao Judiciário contemporâneo um amplo poder na definição do que é, afinal, o direito. Sob pena de serem acusadas de puramente arbitrárias e ilegítimas em um Estado democrático de direito, as escolhas do intérprete nesse ambiente demandam justificativas.
> Por outro lado, e em segundo lugar, o processo de redemocratização do País, nos últimos vinte anos, a reorganização

[2] A expressão ativismo judicial é utilizada no mesmo sentido em que é corriqueiramente atribuído nos discursos jurídicos e acadêmicos, ou seja, simplesmente quando os julgadores decidem fundamentados não apenas na letra da lei.

> da sociedade civil e a liberdade de imprensa passaram a submeter o Judiciário à crítica a que estão sujeitos todos os poderes estatais. Obviamente, a necessidade de o agente público demonstrar a legitimidade de seus atos cresce à medida que haja mais controle (BARCELLOS, 2005).

Assim, o direito adquire cada vez mais, um caráter de decisão prática. Modernamente existe uma nova hermenêutica, que permite que o sistema efetivamente funcione, influindo diretamente na vida dos cidadãos brasileiros.

Miguel Reale (1978) ensina que cada época fixa as normas e os limites da exegese do direito, em função dos valores culturais dominantes. Valores que oscilam ao passar do tempo. O direito está, pois, em contínuo movimento, sob as intempéries da diversificada conduta humana.

A formação do consenso para generalizar comportamentos humanos não é tarefa fácil, e o processo legislativo é complexo. A hermenêutica atual permite que o magistrado ao julgar os casos concretos, cumprindo seu dever de prestar a tutela jurisdicional, deixe a mera subsunção mecânica e observe o conteúdo da norma, o seu sentido, parta para uma interpretação mais aberta na elaboração da norma decisão, que é a sentença. O intérprete agindo assim não apenas declara o direito, mas também contribui efetivamente com a sua formação.

> O que hoje se constata é que os magistrados, longe de meramente declarar ou reproduzir um direito preexistente, contribuem para a sua configuração, entretanto, não de forma livre ou inteiramente desvinculada e sim a partir do texto a aplicar, cujo teor normativo resulta, precisamente, da atividade de concretização (RAMOS, 2010, p. 82-83).

Neste contexto a atuação do judiciário se modifica. O tribunal constitucional se torna menos defensivo, e tem se revelado muitas vezes criadora do direito, como na edição de súmulas vinculantes e julgamentos de caráter ativista, suprimindo defeitos das normas vigentes para que sua validade e eficácia não sejam suprimidas. Afinal, se a norma vigente não consegue cumprir sua função de contribuir para a solução das controvérsias do mundo dos fatos, então o direito não serve para quase nada.

1.2 – VIGÊNCIA, EFICÁCIA E VALIDADE DA NORMA

Estes três conceitos: vigência, eficácia e validade da norma, traduzem os três aspectos essenciais da experiência jurídica. Miguel Reale (2005) fez talvez a mais profunda reflexão sobre o conceito de direito, desenvolvendo a sua Teoria tridimensional, onde demonstra como estes três conceitos se integram, correspondendo respectivamente aos elementos fato, valor e norma. Estes elementos se envolvem ao mesmo tempo em todas as formas de realização do direito, seja na vida privada, como na esfera pública.

Se a norma jurídica não tem eficácia, o direito não faz sentido. Norberto Bobbio (2003) concebe as normas em dois sentidos: um sentido formal[3], apenas prescritiva e um sentido material[4]. Ressalta que a norma nem sempre é acompanhada da sanção, muitas vezes é obedecida por seu prestígio, ascendência ou autoridade das pessoas que ordenam. Pode-se afirmar que as normas são obedecidas por temor, estima e respeito. Se não obedecidas haverá algum tipo de sanção. Paulo de Barros Carvalho afirma que "inexistem regras jurídicas sem as correspondentes sanções, isto é, normas sancionatórias" (CARVALHO, 2006, 34). Certo é que a norma jurídica pressupõe uma relação de alteridade, envolve pelo menos dois indivíduos e está no plano do *dever ser,* fundado em expectativas normativas.

Estas expectativas normativas são concretizadas sob a forma de normas que se dividem em princípios e regras. Segundo Ronald Dworkin (2002), a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, ambos apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, assim em nada contribui para a decisão. Ao revés, os princípios são os padrões de comportamento que não são regras, mas devem ser observados, não porque vão assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de

---

[3] A norma em sentido formal: Apenas prescreve uma conduta, independente de seu conteúdo, na sua estrutura lógico-linguística que pode ser preenchida com mais diversos conteúdos.
[4] A norma em sentido material: Verifica-se seu conteúdo que poderá ser válido ou inválido, justo ou injusto.

justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Este autor elabora uma teoria dos princípios.

A teoria dos princípios de Dworkin é uma resposta ao positivismo defendido por Hart[5], porque quando a norma incorpora os valores morais, a moral passa a fazer parte do ordenamento jurídico. O autor não aceita que a resposta tenha que ficar dentro da moldura normativa legal. Para se encontrar a resposta certa, mesmo para os casos difíceis, o aplicador deve levar em conta toda a história do instituto e fazer uma sintonia fina com as necessidades atuais, sob o império da justiça. O direito desenvolve-se como um romance que não pode desprezar sua integridade. Se a corte decide desprezando esta realidade pode se tornar altista. Fato que pode conduzir a uma situação de ineficácia social de suas decisões judiciais, pois desconectada de sua história.

O direito corta a realidade social com a incisão profunda da juridicidade, devendo o destinatário da norma, orientar-se segundo a conduta ali prescrita. Ressalta Paulo de Barros Carvalho (2006), que tais normas jurídicas deverão ter validade, vigência, eficácia técnica, jurídica e social. Estas características perpassam-se, sendo que é válida a norma que faz parte do sistema; será vigente aquela que se encontra apta a produzir efeitos, uma vez ocorrida a hipótese de incidência; terá eficácia técnica quando pronta a irradiar efeitos jurídicos, sem obstáculos materiais ou impossibilidades sintáticas; terá eficácia jurídica ou semântica quando apta a produzir resultados; e, finalmente terá eficácia social quando sua aplicação condiz com as intenções do legislador.

As regras, não raramente, carecem de aplicabilidade.

A regra contida no artigo 37, inciso VII da Constituição, carece de aplicabilidade, é norma de eficácia limitada. Aguarda por regulamentação ano após ano. E o Supremo Tribunal tem esperado pela atuação do legislativo, que já fora alertado em várias oportunidades com a comunicação oficial da mora; permanecendo inerte. Inércia que foi lentamente contribuindo para uma mudança no pensamento dos ministros que preocupados com a harmonia dos poderes do Estado, mas conscientes

---

[5] Obra valiosa sobre o positivismo jurídico: HART, H. L. A. (1961). **The concept of law.** Oxford: Oxford University Press (reimpressão Oxford: Clarendon Press, 1972). O interessante é que Dworkin fora discípulo e sucessor de Hart na Universidade.

da necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais, passam a dar vida ao processo constitucional do mandado de injunção, com a adoção de moderadas sentenças de perfil aditivo.

Os julgamentos de perfil aditivo procuram dar eficácia a estas normas que carecem de aplicabilidade e negam direitos garantidos pelo legislador constituinte. Evitam que a carta constitucional se torne mero símbolo de garantias que não se concretizam. Se o direito não cumpre sua finalidade, então não faz sentido. Se a Constituição é mera folha de papel, então não existe um Estado constitucional.

A norma jurídica para cumprir sua função deve representar a síntese da vontade de seus subordinados. Contudo, esta não é uma tarefa fácil e somente pode ser desempenhada por um legislador racional, comprometido com a realidade de seu tempo. E completada pela interpretação de magistrados esclarecidos e também racionais.

1.3 – O LEGISLADOR RACIONAL E A DOGMÁTICA JURÍDICA

O ordenamento jurídico possui propriedades materiais e formais, sendo estas formuladas não como hipóteses a serem verificadas pelos fatos, mas como pressupostos dogmáticos excluídos da contrastação fática. E o responsável pela criação deste ordenamento jurídico é o chamado "legislador racional".

Os juristas utilizam um modelo de legislador que pouco assemelha-se com os legisladores reais, de carne e osso, que realmente elaboram as leis.

Carlos Nino (1974) ensina que o legislador racional persegue um propósito a ser atingido pela lei e compreende claramente quais os seus objetivos. O legislador racional conhece todas as circunstâncias fáticas abarcadas pela norma que edita. A vontade do Legislador racional permanece vigente indefinidamente. O legislador racional é justo; é coerente; é onicompreensivo; é econômico, não edita normas redundantes. O legislador racional é operativo, não edita normas inaplicáveis. É preciso, sua vontade real não sofre a influência da imperfeição da linguagem. Concluindo: O legislador racional é quase um Deus!

Todavia, os legisladores reais de carne e osso não têm todas essas características. Ao revés, eles muitas vezes sequer conhecem o texto votado; muitos têm propósitos distintos, defendem interesses particulares; são injustos e incoerentes; são contraditórios; nem sempre são operativos e estão sempre sujeitos às imperfeições da linguagem. Em suma, a teoria do legislador racional não existe, é um mito. Contudo, é uma teoria que desempenha importante função para o jurista atual.

Apesar de o legislador racional ser diferente do legislador real, em outras palavras, apesar de não existir um legislador realmente racional, esta expressão tem função relevante no discurso do jurista. É um termo teórico. A teoria do legislador racional justifica a dogmática jurídica. Esta é sua principal função.

Tércio Sampaio (1994) distingue dois tipos de dogmática:

- Dogmática analítica: que parte da lei.

- Dogmática hermenêutica: que parte do significado (do sentido) da lei.

> A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica. Trata-se de uma finalidade prática, no que se distingue de objetivos semelhantes das demais ciências humanas. Na verdade, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema. Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento. No capítulo precedente nos ocupamos da dogmática de modelo analítico, cuja tarefa gira em torno da identificação do direito. Para cumpri-la, em face do princípio da inegabilidade dos pontos de partida, utiliza-se de um conceito fundamental: a validade.É preciso reconhecer a norma jurídica, ponto de partida do saber dogmático (JÚNIOR FERRAZ, 1994, pg. 256).

A função do jurista vai além de compreender o texto normativo, ele dele utiliza-se para resolver um conflito, influenciando e até determinando o comportamento das pessoas. Portanto, necessita atribuir ao texto positivado uma força maior, sob pena de não conseguir cumprir sua missão.

Vale ressaltar que a dogmática constitucional, de maneira peculiar, não pode ser rígida, pois o direito constitucional não pode se ater apenas a conceitos fechados ou sólidos.

> A dogmática constitucional deve ser como o líquido de onde as substâncias se originam – os conceitos- mantendo sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, ainda com certos movimentos de oscilação, e, em todo caso, sem que jamais um só componente possa impor-se ou eliminar os demais (ZAGREBELSKY, 2007, pg. 17)[6]

Apesar de toda a liquidez ou flexibilidade da interpretação constitucional, parece ser impossível abrir-se mão dos conceitos e da positividade do direito.

A ficção do legislador racional tem também a função de legitimar o direito positivo, pois decorrente de uma vontade especial que ele representa. Se o direito positivo representa a vontade geral, então é legítimo e deverá ser obedecido.

Aqui, cabe a reflexão: Vontade de quem?

Já dizia Friedrich Müller (2009) que povo é um conceito operacional que oscila sob o império do poder realmente dominante, mas que é a pedra fundamental imóvel da teoria da soberania popular e fornece como lugar-comum de retórica à justificativa para qualquer ação do Estado. Este autor argumenta que supor uma única vontade do povo permanente por trás de um ordenamento jurídico é uma ficção sumamente cômoda. Pois, elimina o problema da falta de legitimidade. Mas reconhece que o legislador de carne e osso sofre sob as circunstâncias fáticas e oscilações valorativas e nem sempre representa a vontade dos seus representados. Ademais a vontade geral de Rousseau, aquela que não erra, somente seria possível a um povo de Deuses. Mesmo que o povo de carne e osso não seja um povo de Deuses, ele é o titular do poder originário, que segundo Bobbio (1999), é o somatório das forças políticas que, num determinado momento histórico, dominaram as regras e instauraram um novo ordenamento jurídico; assim a força é um instrumento necessário ao poder, porém não o justifica, apenas é necessária para a edificação do Direito. A construção de um

[6] Tradução livre do texto original em espanhol de responsabilidade da autora.

ordenamento jurídico é uma guerra de forças contrárias em busca do consenso, ou seja, da vontade geral[7].

Júlia Ximenes (2010), ao analisar o processo de elaboração do texto constituinte de 1988, busca "desnudar" os interesses e as lutas de forças contrárias travadas na relação entre os campos jurídicos, político e social; destaca questões conflituosas que ora venceram os liberais, ora venceram os comunitaristas, ora foram feitos ajustes. Conclui que o consenso é quase impossível e a vontade geral[8] não é sempre identificada, quanto mais, obedecida.

Apesar disto, o certo é que a dogmática imputa à vontade do Legislador racional a menor quantidade de erros possíveis e uma proximidade maior possível com a justiça, na tentativa de legitimar-se. Aqui vale lembrar os ensinamentos de Miguel Reale (2005), para quem não existe problema mais complexo e difícil que legitimar a conquista e o poder.

Na realidade, argumenta Carlos Santiago Nino, a racionalidade do legislador é uma "quase hipótese" que se aceita dogmaticamente, sem submetê-la a uma verificação empírica. "Não é uma tese metodológica, senão uma pauta normativa que prescreve que os juristas devem interpretar o direito como se o legislador fosse racional" (NINO, 1974, pg. 90).

Em outras palavras, este seria um conceito fechado, absoluto, como também os valores morais e políticos vigentes à época do jurista. A análise dos ordenamentos jurídicos vigentes revela que o legislador real se contradiz, não tem em conta todos os casos relevantes, o ordenamento apresenta lacunas, contradições e outras imperfeições.

Na aplicação das normas, os comandos estabelecidos nas regras apresentadas podem entrar em conflito. Busca-se superá-los com regras de procedimento e mesmo com argumentos, quase ou totalmente, retóricos.

---

[7] Para Rosseau (1981) somente a vontade geral manifestada pelo povo em deliberação pública é legitima para estabelecer as regras que deverão obedecer.

[8] Atualmente a vontade geral tipificada no texto legal é obtida através de processo legislativo, onde labutam representantes do povo brasileiro eleitos para este fim. Contudo o sistema político possui limitações, uma vez que o número excessivo de partidos dificulta a definição da maioria, torna-a instável, às vezes incoerente, favorece barganhas. Alguns partidos se dividem em alas e acabam por defender interesses particulares e de seus financiadores de campanha (FERREIRA FILHO, 2003).

São notáveis os esforços dos dogmáticos para preservar algum âmbito de aplicação entre normas que apresentam conflitos na aplicação. O jurista que se pretende racional, quase sempre abandona a regra da operatividade ou vigência em prol da coerência, na busca de legitimar com uma boa argumentação a sua decisão.

Bobbio (1999) reconhece a dificuldade de se chamar o ordenamento jurídico de sistema jurídico, pois que cheio de normas conflitantes, que são admitidas no ordenamento pelo exclusivo critério da formalidade. Concluindo que é um sistema dinâmico, no qual duas normas em oposição entre si podem ser perfeitamente legítimas. Cabe, pois ao intérprete encontrar o melhor sentido que permita uma decisão o mais justa possível.

A decisão mais justa possível é sempre buscada pelo aplicador da lei ao caso concreto, que tem em seu mister o empenho de fazer justiça. Diante dos conflitos normativos, esta não é uma tarefa fácil. Uma dogmática fechada parece já não ser suficiente para realização desta missão. Mas sua total ausência também não pode ser admitida, sob pena de não haver um ponto de partida. Zaccaria (2004) ensina que a dogmática ainda desempenha uma função importante na medida em que a estabilização e controle do direito positivo se abre para a flexibilidade e dinâmica da práxis social e afasta-se da rigidez em que foi concebida, aceitando a influência de parâmetros tipológicos que incluem valorizações.

Uma dogmática aberta à valorizações viabiliza a tarefa do magistrado, que se supõe, seja racional. Ou seja, o magistrado racional tenta suprir a ausência de racionalidade do legislador. Mas, a realidade revela que pode não existir esta almejada racionalidade também entre os magistrados.

> Como a realidade não se curva às ficções, a experiência jurídica se encarregou de mostrar que o legislador nem sempre é racional e muito menos perfeito e que, por isso mesmo, os ordenamentos jurídicos podem, sim, apresentar redundâncias, lacunas e contradições, a demandarem soluções adequadas a cada situação hermenêutica. Nesse caso, o legislador irracional cede o lugar ao aplicador racional, um e outro puras abstrações, se concebidos como realidades... (COELHO, 2010, p. 281).

Assim, diante de uma sociedade hipercomplexa e uma realidade que não aceita ficções ou mitos, a busca por um direito que realize sua função de contribuir para a harmonia social e realização do modelo de Estado Democrático de Direito instituído

pela Constituição de 1988, e não se transforme em mera legislação simbólica[9] que nunca se realiza, continua sendo um grande desafio a ser enfrentado por legisladores e juristas.

1.4 – A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

O moderno Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 é construído sobre princípios constitucionais que garantem a cidadania, o trabalho e a dignidade da pessoa humana, princípios que se perpassam pela efetivação dos direitos fundamentais.

Princípios que são desconsiderados e direitos que são ultrajados pela crucial realidade de um país periférico como o Brasil, que possui obstáculos graves à concretização deste Estado. Marcelo Neves (2008) ressalta que muitas vezes os direitos são negados de forma velada. Não havendo uma ditadura ou violência expressa e direta, mas disfarçada em um Estado que se diz democrático e de direito.

É certo que houve considerável e positiva evolução no Estado de Direito instituído nas constituições nacionais, especialmente na Constituição vigente, que positiva os direitos sociais, guindando-os à categoria de direitos fundamentais. Porém, falta concretização.

O Brasil foi marcado por imensos ciclos de atraso: escravidão, coronelismo, golpismos, manipulação eleitoral, ditaduras e outros entraves ao desenvolvimento da cidadania popular. A Constituição era mera carta política, sem qualquer compromisso com a justiça social. Sem qualquer preocupação com direitos sociais dos trabalhadores brasileiros. Aceitar esta realidade é aceitar um papel mesquinho e indigno para o Direito. Em um Estado que se pretende democrático é fundamental que se busque reduzir as desigualdades. “A democracia, assim entendida, se relaciona naturalmente com a totalidade dos direitos humanos, - civis, políticos, econômicos, sociais e culturais” (TRINDADE, 1994).

[9] Marcelo Neves (2007) apresenta a teoria da Constitucionalização simbólica, fato que geralmente ocorre nos países periféricos, que têm Constituições repletas de direitos; porém a realidade do país não permite que estes se materializem.

A proteção dos direitos fundamentais é o propósito básico de um Estado constitucional e o exercício da democracia contribui para a realização destes. O que caracteriza um Estado Constitucional Democrático de Direito, como pretende ser o Brasil.

Esta pretensão está longe de se tornar realidade. Segundo a professora Marilena Chauí (2007), esta dificuldade advém inicialmente do tipo de colonização a que foi submetido o Brasil. Foi uma colonização de exploração e não de povoamento. No primeiro tipo de colonização a economia é voltada para o mercado externo metropolitano e a produção se organiza na grande propriedade escravista, ajustada às exigências do sistema econômico da metrópole. Enquanto que no segundo tipo de colonização, a produção se processa mais em função do consumo interno da colônia, com predomínio das pequenas propriedades e independência do sistema metropolitano. O tipo de colonização estabelecido por Portugal, a transferência da sede do governo português para o Brasil, não permitiu que a nação brasileira instituísse um Estado, mas sim o Estado Português veio para o Brasil e foi se alterando com o passar do tempo. Até mesmo a Proclamação da República, não adveio do meio do povo, mas sim de ajustes de um Estado já existente.

Repare que esta situação se repetiu quando do fim da ditadura militar. O povo brasileiro, pacífico e amante da ordem e do progresso, assistiu à transformação do Estado e não à criação de um Estado brasileiro realmente novo. E também a nova Constituição de 1988 não partiu de um poder realmente originário dos anseios do povo, mas foi fruto de uma emenda constitucional[10].

---

[10] A "Constituinte" de 1987 foi convocada por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição então vigente (de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, e as posteriores alterações que lhe integravam o texto).
Esta Emenda Constitucional n. 26 estabeleceu no art. 1º que "os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional".
Este texto é propositalmente enganoso. Falando em "Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana", deu = e isto foi proposital em razão de motivos políticos – a idéia de que haveria manifestação do Poder Constituinte originário.
Tal não ocorreu, porém. Inexistiu a ruptura revolucionária que normalmente condiciona as manifestações do Poder Constituinte originário.
A ordem constitucional vigente no País é, portanto, resultado de reforma da Constituição anterior, estabelecida com restrita obediência às regras então vigentes, mas que, por resultar num texto totalmente refeito e profundamente alterado, deu origem a uma nova Constituição (FERREIRA FILHO, 1989, pg. 27-28).

Mesmo com uma origem talvez não tão legítima, a Constituição de1988, se propôs ser uma Constituição cidadã, imbuída do propósito de contribuir para a redução das desigualdades, proteção aos direitos fundamentais e consolidação democrática.

Este pensamento é reflexo de uma ruptura de paradigmas levada a cabo no século XX, quando a norma constitucional deixa de ser mero instrumento de manipulação política e adquire o status de norma jurídica, gozando de imperatividade hierarquicamente superior e poder de sanção a que se submetem todos, inclusive o próprio Estado (BARROSO, 2006).

A Constituição organiza o poder político do Estado, define os direitos fundamentais do povo, estabelece princípios e fins a serem alcançados. Certamente não poderá ter a pretensão de salvar o país com regras e princípios inalcançáveis. O legislador constituinte é mais avançado que o legislador originário, mas não está livre dos fatores reais de poder. Ferdinand Lassale (1998) descreve com clareza e simplicidade a dura realidade a que se submete o legislador constituinte para elaborar a Constituição. Mesmo que hipoteticamente não exista nenhum texto anterior, o constituinte jamais será totalmente livre para elaborar as leis ao seu livre convencimento. Em qualquer época e em todos os lugares, o legislador está sempre submetido a uma força ativa que representa os interesses preponderantes na sociedade. “Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALE, 1998, p. 26).

É a realidade local, com suas virtudes e vícios, que determinará a Constituição que rege a vida de um povo. Assim, a Constituição contém também as virtudes e, não raras vezes, consagra valores que buscam reduzir a distância entre aqueles que detêm os fatores reais de poder e o povo. Também é verdade que adquire força própria, e nem sempre se sucumbirá frente aos fatores reais de poder. É o que Konrad Hesse (1991) chama de força normativa da Constituição, que faz com a mesma não se reduza a mera folha de papel, mas adquira força normativa.

> A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas (HESSE, 1991, p. 15).

Para que a Constituição se torne efetiva o legislador tem que ter senso da realidade, boa técnica legislativa e o poder público deverá ter vontade política de torná-la realidade. Para se tornar realidade é preciso ser efetiva, aplicada e observada. Se o direito existe, mas não pode ser exercido, não serve para nada. Foi meramente simbólico. A garantia constitucional não foi efetivamente concretizada.

A concretização ainda é mais difícil quando a inconstitucionalidade se dá por omissão. O direito existe e não é exercido por falta de regulamentação, como no caso do direito de greve do servidor público civil, que adquiriu um direito social, reconhecido pelo texto Constitucional como direito fundamental e, no entanto, não pode ser usufruído. Se o objetivo não se realiza, se a norma constitucional não tem eficácia; então, para que serve o direito? Se o servidor público civil não puder exercer o direito de greve para lutar por melhores condições de trabalho, então a norma contida no artigo 37, inciso VII da Constituição de 1988, é mero direito simbólico, que não atende às expectativas dos servidores.

O direito é uma generalização de expectativas. Nessa sociedade complexa e contingente, para que haja harmonia social é preciso haver reduções que possibilitem a existência de expectativas comportamentais diversas e recíprocas, que se relacionam e são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Estas generalizações de expectativas se dão em três dimensões: Inicialmente na dimensão temporal, estas expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização; na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso e na dimensão prática ou material esta generalização

ocorre através de uma identificação de sentidos. Realizar esta generalização é a tarefa do Direito (LUHMANN, 1983).

O servidor público que tem o direito de greve garantido por norma constitucional e não podia exercê-lo por falta de regulamentação tinha uma expectativa frustrada, em razão da omissão do legislador. Então a generalização da expectativa não foi congruente. O direito não cumpriu sua função de redução da complexidade social. Se o direito não cumpre sua finalidade, então não faz sentido. Se a Constituição é mera folha de papel, então o Estado Constitucional é um mito.

Garantir o direito ao cidadão é um avanço, mas não é o suficiente. Materializar os direitos garantidos pelo legislador constituinte é tarefa de um judiciário que não pode estar apenas adstrito à pura letra da lei, exige muito mais que isto. O juiz deste século XXI conhece mais que a mera letra da norma, ele enfrenta o desafio de desenvolver técnicas de decisão adequadas a promover a concretização da vontade constitucional. Decisões que garantam os direitos fundamentais sem, contudo, destruir a segurança jurídica e abalar os pilares democráticos.

CONCLUSÃO

A reflexão demonstrou que não é possível estabelecer-se um conceito fechado, definido ou estático para o direito. A ambigüidade da palavra é o resultado da complexidade do próprio homem. Daí ser sempre necessária esta reflexão, o que contribui para a redução das dificuldades enfrentadas pelos estudiosos do tema, reduzindo o risco de formulação de conceitos e julgamentos imaturos e superficiais, os quais rotulam decisões judiciais de ativistas e ilegítimas.

Neste século XXI, onde o cidadão brasileiro começa a conhecer seus direitos previstos na Constituição e o significado de um Estado constitucional de Direito, as questões cotidianas vão cada vez mais se judicializando. Parece ser mesmo o século do judiciário e a jurisdição constitucional veio para ficar por muito tempo.

Assim não há espaço para um conceito blindado para o direito. Este está em contínua criação; e esta, não é tarefa exclusiva dos legisladores, mas também dos gestores, magistrados e de cada cidadão, que com suas atitudes faz o direito ser sendo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira.** 4. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

_____________________. **Interpetação e aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: UNB, 1999.

______________ . **Teoria da norma jurídica**.2 ED. Bauru: Edipro, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São paulo: Saraiva, 2006

CHAUI, Marilena. **Brasil. Mito fundador e sociedade autoritária.** São Paulo: Perseu Abramo, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica á hermenêutica jurídica. Fragmentos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os directos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILHO FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1989.

________________. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO LYRA, Roberto. **O que é direito.** São Paulo: Brasiliense. 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** . (tradução de Gilmar Ferreira Mendes) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JÚNIOR FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Atlas, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1998.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, vol.1 (1983).

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica**. Unam, 1974.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

___________________. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil. O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial.** Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. Fundamentos da concepão tridimensional do Direito, in **Revista Brasileira de Filosofia.** São Paulo: vol. X, Fasc. IV, outubro-novembro-dezembro, 1960, p. 463.

____________ **Estudos de filosofia e ciência do direito.** São Paulo: Saraiva, 1978.

____________**O estado democrático de direito e o conflito das ideologias.** São Paulo: Saraiva, 2005.

____________ **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61/64.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** Publicações Europa-América, 1981.

SILVA, Antônio Álvares da. **Greve no Serviço Público depois da decisão do STF**. São Paulo: Editora LTR, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Democracia y derchos humanos: el Regimen Emergente de la promoción Internacional de la Democracia y del Estado de Derecho. In: **Arquivos do Ministério da Justiça.** Ano 47, nº 183: Janeiro/Junho de 1994.ISSN 0100-1213

VALLE, Vanice Regina Lírio do, et al. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal .** Curitiba: Juruá, 2009.

XIMENES, Júlia Maurmann. **O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación.** Madrid: Thomson Civitas, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** 7. ed. Madrid: Giulio Einaudi editore, 2007.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Sidraque David Monteiro Anacleto[1]

RESUMO

O artigo aborda a junção entre a judicialização da Política, dentro da juridicização e a democracia representativa no Estado Brasileiro. A juridicização é fruto do crescimento do direito sobre áreas da sociedade e também pela densificação dos direitos já previstos. A judicialização da Política ocorre na mudança da atuação do Poder Judiciário, que por meio de demandas que lhe são apresentadas impõe a prestação de direitos sociais ou o estabelecimento de políticas públicas. A democracia representativa, por seu turno, padece de problemas decorrente do hiato entre a vontade do representado com a do representante. Tais fatores resultam na superação de importantes paradigmas contemporâneos como a separação de poderes e a democracia representativa. O trabalho aponta para tais perplexidades e sustenta a necessidade de mudanças nos paradigmas apontados.

PALAVRAS-CHAVE

Juridicização. Judicialização da Política. Escolha Pública. Política Pública. Paradigma. Separação de Poderes. Direitos sociais. Democracia representativa.

INTRODUÇÃO

Com a intensificação dos debates no Grupo de Pesquisa sobre Democracia Direitos Fundamentais e Cidadania – DDFC[2] da Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP em torno de temas teóricos como

---

[1] Mestrando em Constituição e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Membro do Grupo de Pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania. Procurador Legislativo da Câmara Legislativa do Distrito Federal. s.anacleto@uol.com.br.

[2] Cadastrado junto ao Conselho Nacional de Pesquisa – CNPq.

democracia deliberativa, igualdade material, legitimidade democrática em face da judicialização da política[3] [4], justiciabilidade dos direitos sociais, dentre outros, sentimos a necessidade de tentar compreender a judicialização da política no contexto da democracia representativa brasileira.

O artigo "Judicialização da Política como problemática de pesquisa"[5] abriu os debates em fevereiro de 2011 e trouxe como contribuição a análise sobre a atuação do Poder Judiciário, como órgão do Estado, sobre temas anteriormente restritos as esferas políticas. Esse agir, segundo o texto, tem sido compreendido, ora como ativismo judicial ora como efetivação de direitos. Além disso, outro fenômeno surgido na sociedade brasileira acerca da juridicização[6] das relações sociais[7] foi relatado no artigo.

Seguimos a mesma temática a respeito da judicialização da política, adotamos algumas das ideias apresentadas, em especial quanto à necessidade de um

---

[3] Segundo Julia Ximenes, o termo foi cunhado por Tate e Valinder e caracteriza-se "pela difusão de procedimentos judiciais em arenas de deliberação política". XIMENES, Julia Maurmann. A judicialização da política como problemática de pesquisa**.** Brasília: 2011. Em fase de elaboração.

[4] Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 114) apresentam relevante síntese sobre o assunto: "A expressou passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder (1996), em que foram formuladas de linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países. 'Judicialização da política' e 'politização da justiça' seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas (Tate e Vallinder, 1995). Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e.ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).

[5] XIMENES, Julia Maurmann. A judicialização da política como problemática de pesquisa. Brasília: 2011. Em fase de elaboração.

[6] A expressão "refere-se de maneira geral ao facto, que se pode observar nas sociedades modernas, de o direito escrito ter tendência a aumentar. Este aumento corresponde a dois fenômenos: a expansão do direito, ou seja: a regulamentação jurídica de aspectos da vida social até agora submetidos apenas a normas sociais informais, e a densificação do direito, ou seja: a decomposição, por especialistas do direito, de hipóteses normativas jurídicas globais em hipóteses normativas mais especificadas". HABERMAS, Jüngen. Tendências da Juridicização. Disponível em: < http://mnfd.sad.iscte.pt/Habermas_Juridicizacao.PDF>. Acesso em: 30/jan./2012.

[7] A expressão significa "a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada" VIANA *apud* XIMENES.

novo paradigma[8] [9], pois a adição da democracia representativa ao tema debatido sufragará alguns conceitos até então estabelecidos a respeito do direito e do Estado e por fim tentaremos apontar para algumas dificuldades práticas e teóricas em torno da junção de judicialização e democracia.

Na primeira parte do artigo, identificaremos a judicialização da política como produto dos imensos antagonismos do constitucionalismo brasileiro, que reconhece e defere direitos, especialmente os sociais, numa amplitude considerável, sem que, no entanto tais direitos sejam efetivamente usufruídos pela população.

Assim, o Estado brasileiro, por meio de seus órgãos, é o principal agente e paciente desse caórdico sistema, pois, prevê, resguarda direitos e posições jurídicas; ao mesmo tempo em que é incapaz de assegurar substancialmente tais direitos, o que gera demandas perante o Poder Judiciário.

No segundo momento, a abordagem se dará em torno do princípio democrático no modelo de democracia representativa aplicado a realidade acima descrita. Essa junção necessária e atual potencializa ainda mais as idiossincrasias vivenciadas na sociedade, pois judicialização e democracia ocupam espaços opostos num sistema jurídico-social.

Desse modo, o presente artigo tem a pretensão de suscitar o debate e sugerir mudanças nos paradigmas por nós adotados que minimizem tais antagonismos. Uma vez que os paradigmas partilham de duas características essenciais:

> Suas realizações foram suficientemente sem precedentes para atrair um grupo duradouro de partidários, afastando-os de outras formas de atividade científica dissimilares. Simultaneamente, suas realizações eram suficientemente abertas para deixar toda a espécie de problemas para serem resolvidos pelo grupo redefinido de praticantes da ciência[10].

---

[8] Kuhn define paradigma como as realizações científicas "reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior". KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10 ed., São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 29.

[9] Segundo Júlia Ximenes, o paradigma é um grande "quadro teórico" que guia o cientista durante um tempo, até que um novo paradigma surja e os cientistas adotem novos instrumentos e orientem seu olhar em novas direções, no que ele chama de revolução científica. (ob. cit., p. 1).

[10] KUHN (ob. cit., p. 30).

Desse modo, tanto a separação de poderes quanto a democracia representativa não resolvem mais todos os problemas da sociedade contemporânea que oscila entre o individualismo e o pluralismo.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONCEITO, CAUSAS E EFEITOS

O Poder Judiciário ganhou maior relevância na sociedade brasileira pós Constituição de 1988. Várias prerrogativas legislativas, garantias funcionais e competências privativas foram instituídas para seus órgãos e membros. Tais prerrogativas e competências deram-lhe uma independência funcional que o permitiu conhecer e julgar conflitos de interesses ajuizados contra o próprio Estado brasileiro em razão da violação de direitos estabelecidos constitucionalmente.

A Constituição previu vários direitos prestacionais sociais de responsabilidade do Estado como saúde, educação, moradia, dentre outros. Esses direitos exigem uma ação estatal, seja em estabelecer uma Política Pública voltada para sua institucionalização, seja ainda em fornecer os meios materiais para a efetividade do direito. Assim, o agir estatal comporta duas dimensões: a primeira relativa à escolha pública[11] mais adequada para se atingir determinado direito social; a segunda diz respeito ao usufruto do direito social propriamente dito.

O problema surge no cenário jurídico quando o Poder Judiciário é provocado para analisar e julgar demandas decorrentes de violações aos direitos sociais reconhecidos constitucionalmente. Essa análise repercute no papel até então desempenhado pelo Judiciário, que inicialmente era voltado para a resoluções de conflitos individuais, mas que transformou-se em importante agente político no cenário social pós-moderno[12] diante da mudança no perfil dos conflitos por ele julgados de individuais para coletivos.

---

[11] Jorge Vianna Monteiro traz interessante abordagem a respeito do processo de escolhas públicas na democracia representativa no livro “Como funciona o governo”, em que aborda o sistema de maneira analítica fazendo uma junção entre a política, o direito e a economia. MONTEIRO, Jorge Vianna. Como funciona o governo. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

[12] O uso da expressão (pós-moderno) demonstra a visão do autor na identificação da superação do Estado moderno e suas instituições como separação de poderes, democracia etc.

A Judicialização da Política surge dentro desse quadro em razão da ampliação da atuação funcional do Poder Judiciário, como órgão do Estado, "sobre temas anteriormente restritos a esferas políticas"[13], e essa atuação ampliada sob a perspectiva clássica de separação de poderes implica em um novo "paradigma" da famosa doutrina desenvolvida por Montesquieu[14].

O Baron de la Brède idealizou uma doutrina, tendo como pano de fundo a experiência política inglesa, de estruturação de poderes do Estado capaz de prevenir o absolutismo por meio de "um mecanismo institucional onde 'o poder freie o poder' (*le pouvoir arrête le pouvoir*)",[...], "pois todo homem que tem poder é tentado a abusar dele "[15].

Especificamente quanto ao poder de julgar, por ser um poder "terrível entre os homens", Montesquieu o concebeu dentro de uma estrutura capaz de auto conter-se ou neutralizar-se por força de duas características: "(1) modo de formar os tribunais (2) modo de decidir dos juízes"[16].

A primeira ecoa, como reminiscência histórica, na estrutura do Tribunal do Juri e ficou restrita aos crimes dolosos contra a vida. A segunda característica por sua maior relevância reverberou em nossa cultura jurídica na ideia de que "o poder de julgar encontra limite na própria formulação da lei a aplicar. A sentença de julgar já está na lei. O poder de julgar limita-se a realizá-la em concreto"[17].

O Judiciário, na evolução constitucional brasileira e nesse primeiro momento, foi concebido com a missão de aplicar a Lei "contenciosamente a casos particulares", como expressão da vontade geral e caracteres distintivos:

> 1˚) as suas funções são as de um árbitro; para que possa desempenhá-las, importa que surja um pleito, uma contenda; 2˚) só se pronuncia acerca de casos particulares, e não em abstrato sobre normas, ou preceitos jurídicos, e ainda menos sobre princípios, 3˚) não tem iniciativa, agindo – quando provocado, o que é mais uma

---

[13] Júlia Ximenes (ob. cit).

[14] O *espírito das leis* é a obra máxima de Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu. No capítulo VI do seu livro XI, intitulado Da constituição da Inglaterra, estão algumas das páginas que mais influenciaram o constitucionalismo ocidental. AMARAL JÚNIOR José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 868, p. 53-68, 2008, p. 54.

[15] AMARAL JÚNIOR (ob. cit., p. 54).

[16] AMARAL JÚNIOR (ob. cit., p. 56).

[17] AMARAL JÚNIOR (ob. cit., p. 57).

> consequência da necessidade de uma contestação para poder funcionar[18].

Essa concepção do Judiciário, como a boca da lei, foi se distanciando da realidade jurídica e social brasileira diante de uma nova realidade em que órgãos do próprio Estado passaram a agir como agentes de violações a direitos, ou como instrumentos para concessão de benefício para poucos em detrimento de toda a sociedade. Tal situação fomentou a criação de *writ* e ações que limitassem tal comportamento discriminatório diante da inércia do próprio Estado.

A implantação de determinado direito social impõe previamente a instituição de Política Pública apta a proporcionar, ao fim de determinado período de tempo, o usufruto do direito segundo a capacidade financeira do Estado. A escolha entre opções políticas, portanto, não é uma tarefa simples nem rápida para fazer frentes às diferentes necessidades individuais numa sociedade plural e cada vez mais complexa. A função de escolher encontra-se atribuída aos poderes Executivo e/ou Legislativo.

Nesse momento, o Poder Judiciário poderá ser provocado a se manifestar diante de uma demanda em que se invoca a violação de direito em razão da omissão quanto à escolha propriamente dita ou quanto ao fornecimento dos meios materiais para o exercício do direito. A atuação do Poder Judiciário, nessa primeira hipótese, quanto à escolha propriamente dita, mesmo diante do princípio da inafastabilidade do controle judicial, segundo abalizada doutrina, não autoriza o exame ou interferência no "mérito" do ato de outros Poderes, ou seja, a conveniência ou a oportunidade dos atos comissivos ou omissivos do Poder Legislativo ou do Executivo, denominados por "ato político" ou "ato de governo"[19].

No que tange a segunda opção, diante do crescente número de demandas individuais ou de pequenos grupos requerendo o direito e sua efetivação prática é possível chegar à situações de impasse em razão da incapacidade financeira do Estado, entendido como ente ou órgão público, em arcar com os custos do direito. Em outros termos, a ação estatal quanto aos direitos sociais tem como limite a própria

---

[18] LESSA *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da politica e politização da justiça. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro; v. 198, out./dez. 1994. p. 2.
[19] FERREIRA FILHO (ob. cit., p. 3).

capacidade financeira do Estado em solver não somente as despesas relativas aos direitos deferidos judicialmente, mas também todas as demais despesas públicas. Assim, a concessão mesmo judicial de direitos sociais não é absoluta nem ilimitada.

3. A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTEXTO JURÍDICO E POLÍTICO DO ESTADO *ULTRA VIRES*

Quando se vislumbra, no contexto social, a ideia de Estado emergem as imagens de agente agregador e potencializador dos esforços individuais em prol de toda a coletividade. Não se concebe, num primeiro momento, o Estado como agente violador das regras por ele mesmo impostas em razão do seu poder de mando exclusivo. Assim, a ação *ultra vires* estatal traz perplexidades e rompem com as balizas racionais de qualquer organização social e jurídica. Especificamente é o que ocorre com a função estatal de escolha dentre as alternativas possíveis para a efetivação de um direito social que implica na alocação de recursos financeiros para garantir sua concretização.

Isso não significa, porém, que atos violadores de direitos praticados pelo Estado seriam insindicáveis pelo Judiciário em decorrência de um simples nominalismo na denominação do ato praticado ou omitido. Nesse sentido lição de Rui Barbosa[20] “se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente de faculdades que se supõem suas, cabe ao Congresso julgar, é questão política. Se cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições de que se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão jurídica”. E sumaria: “O Congresso julga da utilidade. O Supremo Tribunal, da legalidade. O critério do Congresso é a necessidade governativa. O do Supremo Tribunal é o direito escrito”[21]. A atuação do Poder Judiciário ficaria, desse modo, restrita ao exame da contenciosidade no caso concreto sem adentrar na necessidade ou utilidade da Política omitida.

[20] BARBOSA, Rui. O Estado de Sítio. Rio de Janeiro, 1892, p. 162.
[21] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. (ob. cit., p. 3).

Alguns identificam esse atuar do Poder Judiciário, fora do alicerce traçado pela separação de poderes liberal, na fixação de Políticas Públicas relativas a direitos sociais em decisões proferidas, especialmente em ações coletivas, como ativista. O que não deixa de ser em face da inaptidão do Poder em fazer escolhas em nome da sociedade, ocorre, porém que a doutrina da separação de poderes não foi concebida para lidar com a disfunção estatal de estabelecer um direito destituídos dos meios para efetivá-lo.

Nesse contexto, vários *writ* e ações foram criadas pelo legislador brasileiro no sentido de dotar o cidadão de instrumentos jurídicos hábeis para resguardar direitos protegidos porém não implementados faticamente.

O mandado de segurança[22], a ação popular[23] e a ação civil pública[24] surgiram como tentativas de limitar a ação estatal e exigirem a manifestação do juiz em face de atos do próprio Estado, apontando para a atuação judicial fora dos baldrames inicialmente estabelecidos de "boca da lei".

Assim, o próprio legislador dotou a sociedade de vários instrumentos voltados à provocação do Judiciário para assegurar o fruir de direitos, sem distinção entre individuais ou coletivos. O que potencializa ainda mais a tendência de juridicização em que todos os problemas são arrastados por decantação para o juiz decidir com autoridade de coisa julgada.

Julia Ximenes traz a baila, ainda, a ideia de que a criação dos Tribunais Constitucionais na Europa no pós-guerra, surgidos no contexto histórico de necessidade de analisar o conteúdo normativo do Direito Positivado pelo Estado que

---

[22] O mandado de segurança decorreu da experiência pretoriana com a ampliação do escopo do *habeas corpus* para incluir outros direitos violados por ato do Estado que não o de liberdade, consubstanciando na famosa doutrina brasileira do *habeas corpus* que possuía objeto mais dilargado que seu precursor inglês.

[23] A ação popular, por seu turno, surgiu, com a Constituição de 1934 e trouxe para o Judiciário a discussão sobre a lesividade do ato do administrador em relação ao patrimônio público. Sendo que "patrimônio público" teve seu campo semântico alargado para incluir não apenas "o conjunto de bens de valor monetário, mas também outros, como os bens artísticos, culturais, históricos, o meio ambiente etc".

[24] A Lei n° 7.347/1985, por último, criou a ação civil pública com o intento de responsabilizar os agentes[24] por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, com a legitimidade principal conferida ao Ministério Público.

"legitimou" as atrocidades cometidas sob o amparo da lei, seriam órgãos neutros, não políticos, e que examinariam o Direito à luz de valores constitucionais, e que

> A demanda nestes novos tribunais passou a ser conhecida como "judicialização da política". Judicialização significa que o Poder Judiciário passa a decidir sobre temas anteriormente restritos a esferas políticas, tipicamente deliberativas, Poder Executivo e Poder Legislativo. Obviamente que é nesta questão que reside a maior crítica ao fenômeno – a crítica ao caráter contra-majoritário das cortes constitucionais[25].

Esse fenômeno também ocorreu em nossa experiência histórica, pois as atrocidades cometidas em território nacional sob os auspícios da lei e sem atuação eficaz de uma Corte Constitucional que assegurasse os direitos civis em face de um Poder Executivo turbinado com a ditadura. Nesse sentido destaca-se o rumoroso caso Olga Benário julgado pelo STF durante o governo de Vargas (1937 e 1945)[26].

A Corte Constitucional brasileira, à época, se viu impotente para proteger a liberdade e a vida da jurisdicionada, no entanto, é fundamental para a existência do Estado Democrático de Direito um Tribunal Constitucional independente e funcionalmente autônomo de ingerências dos demais poderes inclusive durante os períodos de exceção. Então a criação de um órgão judiciário de cúpula, neutro, especialmente valorativo é essencial para o exercício de direitos.

Estabelecido o Tribunal Constitucional, outra consideração trazida no artigo anterior merece ainda destaque como a juridicização das relações sociais no contexto da Constituição de 1988. De fato, a juridicização das relações sociais foi potencializada com a promulgação da Constituição cidadã. O aumento das garantias processuais acima mencionadas como também, a restauração dos direitos individuais e políticas perdidos ao longo do regime militar, além da "ampliação do espaço de atuação dos intérpretes e agentes jurídicos alocados em diversas carreiras de estado como magistratura, promotoria, procuradorias, defensorias públicas, etc", e da

[25] XIMENES, ob. cit., p. 2-3.

[26] O Supremo Tribunal Federal analisou no HC 26.155 o caso Olga, e não protegeu o direito fundamental daquela mulher estrangeira que seria deportada para a Alemanha e posteriormente executada pelo regime nazista.

"diversificação social no recrutamento dos agentes que atuam nestas profissões"[27], permitiram a explosão de ações no Poder Judiciário. Esse é apenas um dos muitos aspectos que carecem de maiores reflexões que emergem do problema.

O cadinho desses institutos, modelos, órgãos, competências transforma o tema da judicialização da política em uma instigante fonte de pesquisa social, política e jurídica de funcionamento do Estado Brasileiro diante dos modelos de separação de poderes e de Estado do hemisfério ocidental.

O papel que o Poder Judiciário nacional desempenha em nossa realidade sócio-política difere da desempenhada em outros países, porem é possível identificar modelos jurídicos com certas características fundamentais que permitem a analise comparativa e a discussão acerca dos possíveis caminhos evolutivos.

A judiciliazação da política no contexto brasileiro envolve temas amplos e dispares como o modelo de Estado, o sistema de controle de constitucionalidade, a Justiça Eleitoral, além de instrumentos judiciais como a ação popular e a ação civil pública. Essas manifestações isoladas, que refletem sobre a atuação judicial, surgem na história brasileira em momentos de extrema volatilidade política e imensas transformações. Em 122 anos de república, a sociedade brasileira passou por 7 (sete) constituições[28], 2 (duas) participações em guerras mundiais, 29 (vinte e nove) anos de ditadura, além de uma revolução social e econômica resultante do processo de industrialização e de migração interna de criação das cidades.

Como vimos, o Poder Judiciário brasileiro extrapolou as margens de apenas dizer o direito como expressão da lei há muito tempo que estariam expressas na função de aplicar a Lei contenciosamente a casos particulares.

4. A PROLIFERAÇÃO DE CONCEITOS INDETERMINADOS E AS ESCOLHAS VALORATIVAS DO JUDICIÁRIO

[27] ENGELMANN, Fabiano. A "Judicialização da Política" e a "Politização do Judiciário" no Brasil: Notas para uma abordagem sociológica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 22, Porto Alegre: URFGS, set./2002, p. 193-194.

[28] O Autor considera a EC n. 01, de 1969, como uma carta constitucional e não uma simples emenda diante de sua extensão quanto ao número de artigos modificados e sua identidade.

A modificação no perfil da atuação do Judiciário, na revisão dos atos administrativos que violem não apenas direitos individuais mas também em prol do interesse geral, defere ao juiz de primeira instância a competência para optar diante de conceitos indeterminados: economicidade, moralidade, legitimidade, a criar o direito, “segundo sua cosmovisão”, dotadas de generalidade sobre questões para as quais não existe resposta “certa” ou errada mas alternativas de política[29].

Isso significa que a atuação judicial sai dos baldrames da aplicação da lei ao caso concreto, que pressupõe um conflito valorativo presente nos autos, restrito por um procedimentalismo formalista, para a ideia da nomogênese jurídica de Reale[30] em que o “mundo jurídico é formado de contínuas ‘intenções de valor’ que incidem sobre ‘uma base de fato’, refragendo-se em várias proposições ou direções normativas, um das quais se converte em norma jurídica em virtude da interferência do Poder”, em que o procedimentalismo judicial tem o condão de plasmar a norma jurídica resultante da decisão judicial sob o manto da coisa julgada ou imutabilidade.

Como ressalta ainda Reale[31] os valores e os fatos sociais mudam e tais alterações, por seu turno refletirão nas normas jurídicas produzidas com o caráter geral. Como conciliar a imutabilidade da decisão proferida nos autos da ação popular ou da ação civil pública, com a mutabilidade da sociedade e de seus valores.

No entanto, como aferir se a interpretação dada pelo juiz aos conceitos indeterminados ofertados pela lei estão em consonância com os valores da sociedade e ainda no campo semântico do texto. O assunto é extremamente complexo, pois, se de um lado foi o próprio legislador que deu a abertura para a ação do juiz, por outro, sua decisão deve ser passível de controle, uma vez que nenhum poder é ilimitado e absoluto. Para tanto, a decisão judicial deverá cumprir requisitos mínimos de racionalidade e clareza quanto às razões invocadas em prol da decisão a favor ou contra o pedido deduzido.

---

[29] FERREIRA FILHO, (ob. cit., p. 12).

[30] REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do direito. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 124.

[31] Ob. cit., p. 125-126.

5. A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS DIREITOS SOCIAIS

Julia Ximenes traz ainda relevantes considerações acerca da juridicização das relações sociais no contexto da Constituição de 1988. De fato, a juridicização das relações sociais foi potencializada com a promulgação da Constituição cidadã.

A ampliação dos institutos acima mencionados como também, a restauração das garantias individuais e políticas perdidas ao longo do regime militar, além da "ampliação do espaço de atuação dos intérpretes e agentes jurídicos alocados em diversas carreiras de estado como magistratura, promotoria, procuradorias, defensorias públicas, etc", e da "diversificação social no recrutamento dos agentes que atuam nestas profissões"[32], permitiram a explosão de ações no Poder Judiciário.

Um dos problemas mais paradigmáticos vivenciados em nossa realidade sócio-jurídica do Distrito Federal relacionou-se com a "Guerra de liminares: o caso da UTIs"[33].

---

[32] ENGELMANN, Fabiano. A "Judicialização da Política" e a "Politização do Judiciário" no Brasil: notas para uma abordagem sociológica. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 22, Porto Alegre: URFGS, set./2002, pp. 193-194.

[33] Batalha por vagas em leitos de UTI nos hospitais do DF continua (28/12/2010 - 14:52).

Em meio à briga jurídica travada entre a Secretaria de Saúde do DF e a rede particular, pacientes seguem sofrendo as consequências da falta de leitos no sistema público. Nem mesmo as liminares têm garantido o atendimento. A três dias do fim do ano, parece cada vez mais distante o fim das desavenças entre os hospitais particulares e Secretaria de Saúde do Distrito Federal. Nem as decisões da Justiça têm conseguido blindar a população dos prejuízos causados pela queda de braço entre o poder público e o setor privado. Só na semana do Natal, o plantão da Defensoria Pública recebeu 17 famílias em busca de liminares judiciais para garantir a internação em leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI). Apenas duas delas não precisaram da ajuda dos tribunais porque conseguiram ter o parente atendido por meio da Central de Regulação de Leitos da Secretaria de Saúde. O caso do pedreiro Valmir Martins Delgado, 32 anos, ilustra bem a situação. Há 20 dias, ele foi baleado três vezes em uma parada de ônibus em Luziânia (GO), município distante 66km de Brasília, após uma tentativa de assalto que terminou frustrada porque a vítima não tinha dinheiro. Dos cinco disparos, três atingiram o pulmão, o fígado, os rins e o pâncreas de Valmir. No Hospital de Base do DF, ela foi submetido a uma longa cirurgia. O pedreiro perdeu o rim esquerdo e várias partes dos órgãos atingidos. Saiu do centro cirúrgico ainda sob risco de morte. Os médicos recomendaram, com urgência, que ele fosse internado em uma UTI, mas ele ficou à espera de um leito na sala de recuperação. "No próprio hospital, nos entregaram a documentação necessária e nos aconselharam a procurar a Defensoria Pública", conta a tia do paciente, a funcionária pública Maire de Fátima, 44 anos. No dia seguinte à cirurgia, a família de Valmir conseguiu uma liminar. Ainda assim, o paciente não foi transferido. "A frustração é que, mesmo com a decisão judicial, nada aconteceu. No documento, o juiz estabelecia que o não cumprimento da determinação significaria uma multa de R$ 5 mil por dia para o Estado e nem assim as autoridades se intimidaram", lamenta Maire. O sobrinho permaneceu internado em uma ala intermediária do Hospital de Base, mas a supervisão médica não foi suficiente para impedir que os pulmões se enchessem de pus e líquido. O agravamento do quadro clínico não deixou outra opção a não ser uma segunda intervenção. **Decisão ignorada .** Maire, a mãe e a mulher do pedreiro buscaram a Defensoria Pública para recorrer à Justiça novamente. Segundo a tia do rapaz, a família viu entre 15 e

A Constituição Federal assegura que a "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas [...] e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196, *caput*).

Sem adentrar na discussão a respeito da ausência de investimentos públicos pelo próprio Distrito Federal nem pelos demais entes federados que o margeiam, é fato que o DF, por sua capacidade de serviço público de saúde instalada e o suporte financeiro da União, é um pólo que atrai pacientes de outras localidades, mesmo que não tivéssemos esse fenômeno, a previsão constitucional ensejou o ajuizamento de inúmeras ações, com pedido de liminar, para que o Distrito Federal disponibilizasse o

---

20 pessoas desesperadas pelos corredores em busca de um documento que salvaguardasse seus parentes. "Saímos do fórum 1h da manhã", relembra Maire. Mais uma vez, a medida foi conquistada e descumprida. Diante da ineficácia até mesmo das determinações dos magistrados, a família desistiu de buscar garantias por meio do Poder Judiciário. "A sensação que tive foi de estar com as mãos e os pés quebrados, incapaz de fazer qualquer coisa. É muito sofrimento ver uma pessoa ter que passar por isso. Ao mesmo tempo, um empresário que está preso passa mal e em um minuto arranjam um leito para ele. E a vida de um trabalhador como o meu sobrinho? Não vale nada? Só consegue quem tem dinheiro?", questiona Maire. Segundo a Secretaria de Saúde, ontem, havia "aproximadamente 30 pacientes aguardando um leito de UTI" na Central de Regulação, mas não havia "nenhuma decisão judicial aguardando leito". Por meio de assessoria, a secretaria reiterou que a determinação judicial não é garantia de internação e que às vezes "o leito que o paciente precisa não é aquele que está disponível". **Hospitais prometem recorrer.** Situações como a vivida pela família do pedreiro Valmir Martins Delgado devem se repetir nos próximos dias, uma vez que a própria Secretaria de Saúde, que aluga leitos de UTI em 13 hospitais particulares, confirma que algumas unidades não estão cumprindo a decisão da 5ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do DF e Territórios, que, no último dia 17, determinou a continuidade da prestação de serviços. O juiz entendeu que não havia débitos referentes ao exercício de 2010, o que esvaziava o argumento do setor privado para quebra de contrato. Mas, o Hospital Santa Helena, que alega ter uma dívida acumulada em mais de R$ 11 milhões desde 2004, R$ 6.154,576 referentes somente a 2010, recorreu da determinação e conseguiu, em segunda instância, suspender a exigência no último dia 23. [...]. O atendimento a pacientes do Sistema Único de Saúde, portanto, continua suspenso. "Não é uma questão de vontade. É uma questão de impossibilidade de prestar o serviço. Não temos recursos para sustentar o caos da Secretaria de Saúde. Já tivemos de recorrer ao mercado financeiro para evitar o colapso do hospital", argumenta Marinho. Ao dar a sentença, o desembargador de plantão e vice-presidente do TJDFT, Dácio Vieira, avaliou que, uma vez que há "acentuada controvérsia acerca das reais circunstâncias que atualmente delineiam a contratação em exame", não seria "razoável, oportuna, uma intervenção severa do Judiciário que venha aprofundar ainda mais a situação". O desembargador alertou para a "lamentável situação da rede pública de saúde do Distrito Federal", mas ressaltou que "não há porque contaminar a rede hospitalar privada com igual desiderato, por evidente incúria administrativa". No mesmo dia 23, motivado por denúncias da secretaria de que os hospitais estariam desobedecendo a ordem judicial, outra decisão foi dada pelo juiz de plantão da primeira instância João Henrique Castro reforçando a necessidade do cumprimento da decisão 5ª Vara da Fazenda. Ele determinou a intimação de todos os requeridos para que "no prazo de 24 horas, manifestem-se acerca do alegado descumprimento de ordem judicial". **Fonte: Correio Braziliense Online. Publicada no dia 28 de dezembro de 2010.** Disponível em: http://www.defensoria.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=137154. Acesso em: 11 mar. 2011.

Correio Braziliense.

atendimento do autor-paciente- em unidades de terapia intensiva (UTIs) públicas, e se todas ocupadas, em hospitais particulares.

Tais ações foram patrocinadas, inicialmente pelo Ministério Público local, e depois pela Assistência Judiciária do antigo "município neutro". O que se vislumbra nesse drama pessoal e social não é a pronta resposta do juiz, que muitas vezes de plantão, apreciava e deferia a internação, mas é o deslocamento para o Judiciário a discussão de matéria eminentemente técnica e restrita à medicina. Especialmente quando se tem como premissa básica que a utilização da UTI, no tratamento clínico, tem por objetivo a maior viabilidade clínica do paciente-autor[34], uma vez, que os recursos são escassos e o esgotamento da capacidade instalada pode ocasionar danos maiores em razão da imprevisibilidade de tragédias e acidentes.

Desse modo, transfere-se do médico, profissional treinado e habilitado, para o juiz decidir a respeito da viabilidade clínica de sobrevivência do requerente. Não estamos preparados para enfrentar tais desafios, nem podemos esconder tais assuntos do debate acadêmico e racional.

A atividade do Poder Judiciário fora do alicerce traçado pela separação de poderes liberal não pode ser taxada como ativista, pois aquela doutrina não foi concebida para lidar com a disfunção estatal, nem resulta de apenas uma causa ou vetor.

Como relatado anteriormente, diante do caso concreto o juiz se vê diante de duas situações básicas quanto ao deferimento do direito social reivindicado ou para o estabelecimento de uma política pública apta para cumprir o comando da Constituição em demanda coletiva. A primeira decorre de imperativo constitucional do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional no sentido de micro justiça e plenamente justificável. No entanto, quanto à segunda hipótese, o estabelecimento de Política Pública por decisão judicial refoge aos limites da atuação do Poder Judiciário para invadir a seara dos Poderes Executivo e Legislativo no que tange à própria escolha dentre as possibilidades existentes.

---

[34] "A Terapia Intensiva tem como definição oferecer cuidados a pacientes em condições graves , potencialmente recuperáveis, que se beneficiem de observação detalhada e tratamento invasivo". Disponível em: <http://www.coweb.com.br/arq/arq1431.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2011.

As dificuldades surgem em razão de considerar válida a decisão proferida favorável ao pedido para definir a Política Pública adequada à efetividade do direito requerido. Quais são os critérios utilizados pelo juiz na decisão para afirmar que A é melhor do B, ou que C é pior do que D? Em outros termos, a construção de uma creche é mais importante do que a de um posto de saúde, qual dos direitos sociais será mais relevante: assistência à infância ou saúde? Como a sociedade poderá fiscalizar e controlar tal escolha? Será a decisão imutável?

Diante de tais questões difícieis, percebe-se que a atuação do Poder Judiciário em demandas coletivas e com o intuito de estabelecer políticas públicas para a efetivação de direitos sociais, numa ação de macro justiça, não é o melhor caminho em razão do despreparo técnico de seus órgãos e atuação em seara alheia, violando o princípio da separação dos poderes.

6. A ATUAÇÃO DE NOVOS ATORES

Às variáveis acima assinaladas somem-se ainda o surgimento de novos atores que condensam e titularizam os novos valores da sociedade moderna. Como destacado por Engelmann (2002, p. 195) "os promotores públicos e os procuradores da República [...] passam a atuar em nome da 'moralidade pública legítima'"[35], o que resulta numa crítica aos canais tradicionais de mediação política, como os partidos políticos e sistema representativo como um todo.

Sendo que a atuação desses agentes se faz também fora do contexto judicial, por meio da mídia, que falam "em nome da sociedade"[36] para um amplo público, com instantânea repercussão no mundo da política.

Nesse contexto, os agentes políticos e suas entidades representativas não concentram mais a interlocução com a sociedade.

---

[35] Engelmann (ob. cit., p. 195).
[36] Engelmann (ob. cit., p. 196).

7. A DEMOCRACIA E O MODELO DE ESTADO

Se na primeira parte do artigo nos deparamos com inúmeras dificuldades quanto ao conceito, causas e efeitos da judicialização da política diante das incontáveis variáveis que influenciam o tema, o mesmo ocorre com a democracia e sua nuance representativa, uma vez que a pedra de torque do instituto se dá em torno de decisões proferidas por uma maioria que vincula todos e a juridicização ocorre em face de um caráter contra majoritário, ou seja, contra muitas vezes a vontade da maioria.

Para Bovero democracia é um termo que carrega uma ambiguidade inerente que decorre dos substantivos gregos, *dêmos e krátos*, e resulta no sentido do poder político, como o poder de tomar decisões coletivas, atribuído a uma comunidade política, "povo". A palavra povo, como "conjunto de cidadão" abarca duas imagens opostas:

> a imagem de um corpo coletivo orgânico , do qual os indivíduos são membros, no mesmo sentido que os braços ou as pernas são membros do organismo físico, [...], ou então a imagem do conjunto, da simples somatória de todos os indivíduos como entes singulares, que têm ou pretendem ter valor como tais[37].

Tais visões, consequentemente, repercutem no modo de identificação do verdadeiro sujeito de decisão, pois a ideia de membro orgânico coletivo, dotado de vontade unitária já foi refutado pela evolução social, prevalece atualmente a imagem do indivíduo, de per si, como titular do poder político e não como membro de determinada sociedade. Nesse sentido, Bovero define democracia, numa primeira análise, como "o poder (*krátos*) de tomar decisões coletivas, [...], exercido pelo povo (*dêmos*), [...], mediante (soma de) livres escolhas individuais"[38].

Os substantivos igualdade e liberdade indicam os valores últimos nos quais se inspira a democracia[39]. Por igualdade, como elemento característico da democracia moderna, o cidadão, "indivíduo membro da coletividade, sem distinção de classe ou

---

[37] BOVERO, Michelangelo. Contra o governo dos piores uma gramática da democracia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002, pp. 15-16.
[38] Bovero (ob. cit., p. 17).
[39] Bovero (ob. cit., p. 17).

de patrimônio[40], é considerado simplesmente como sujeito capaz de vontade racional, e por isso mesmo dotado de dignidade política"[41].

Por liberdade, Bobbio a condensou nas "quatro grandes liberdades dos modernos: a liberdade pessoal, a liberdade de opinião e de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de associação", e a liberdade democrática expressa-se na participação dos cidadãos no poder político. Sem as liberdades civis ou liberais, o exercício da liberdade democrática é uma ilusão, e aquela sem esta, ou seja, "os princípios de liberdade liberal codificados nas constituições ficam privados de uma eficaz defesa"[42].

Esse binômio, igualdade e liberdade, dá sustentáculo à Democracia, supõe a equivalência das vontades e o interesses de todos os membros da comunidade política. No entanto, a realidade da sociedade contemporânea, globalizada e extremamente heterogênea, aponta para uma crescente restrição da liberdade individual em prol do todo, que também não tem seu contornos bem definidos.

A percepção do desenho institucional da democracia moderna passa pela compreensão de sua íntima articulação com o Liberalismo, em especial com as técnicas implantadas no Estado Constitucional Moderno para garantir a igualdade entre os cidadãos e sua liberdade, consubstanciadas na separação de poderes e no reconhecimento dos direitos dos membros da comunidade política[43].

No modelo liberal existiu uma sobrevalorização dos direitos civis ou individuais, o que é natural diante do processo histórico de resistência à centralização monárquica e aos excessos da autoridade estatal. Desse modo, o Estado em sua soberania pública encontrou-se limitado pela soberania individual. A tripartição de poderes é instituída para restringir a competência estatal e evitar a concentração de poderes num único órgão ou pessoa[44].

---

[40] Sexo, cor e origem.
[41] Bovero (ob. cit., p. 27).
[42] Bobbio *apud* Bovero (ob. cit., pp. 88-90).
[43] CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia.* Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 31, n. 366, p. 5-27, jun., 2009, p. 10.
[44] DELGADO, Lucília de Almeida Neves. "Cidadania e república no Brasil: história, desafios e projeção do futuro." In: *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*, por Maria Tereza Fonseca DIAS e Flávio Henrique PEREIRA. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008, pp. 325-327.

Implantado com dificuldades e precedido de conflitos e revoluções, o modelo não proporcionou "a ampliação dos direitos civis para todos os segmentos da sociedade e a representação política também se limitou a setores sociais específicos"[45].

O modelo liberal-democrático decorreu de críticas ao liberal, sem contudo, suplantá-lo, pois desejava seu aperfeiçoamento. A universalização do direito de voto, que no anterior era censitário, e a expansão da democracia representativa para além dos limites das instituições políticas adentrando na sociedade civil são exemplos claros desse aprimoramento. O conflito é institucionalizado através da via eleitoral. O dissenso e o pluralismo[46] constituem suportes básicos da ampliação democrática e passam a ser elementos naturais na vida política e social[47].

Na social-democracia, estado por excelência de sobrevalorização dos direitos sociais, estes prevalecem sobre os direitos individuais. O Estado, diante da expectativa social por proteção ao trabalho e de garantia à saúde e à educação, amplia sua intervenção ativa na sociedade e multiplica suas funções. "O Estado passa a ser tanto protetor da sociedade como gerenciador de políticas públicas"[48].

No entanto, o modelo de Estado-providência também entrou em crise, devido, basicamente, à incapacidade financeira do Estado para satisfazer seu "papel social", o que fez ressurgir as ondas do modelo neoliberal, com as sucessivas revoluções tecnológicas, o credo desregulamentador da economia e a globalização[49].

A democracia "não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história". O que significa não ser a democracia um instituto

---

[45] Delgado (ob. cit., p. 326).
[46] "É o modelo de realidade social em que "as várias dimensões éticas, morais e religiosas, bem como os ativismos complexos e os grupos de interesses insurgentes" (WOLKMER, 2007, p. 98) convivem pacificamente.
[47] Delgado (ob. cit., pp. 326-327).
[48] Delgado (ob. cit., p. 327).
[49] VIANA, Cláudio Henrique da Cruz. *A judicialização da política.* Revista do Ministério Público, n. 27, jan./mar. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2008, p. 50.

político jurídico absoluto e acabado, mas sempre interligado a um modelo de Estado, numa sociedade e em determinada época histórica[50].

A questão política mais importante atualmente, por si só, na lúcida visão de Bobbio refere-se ao envelhecimento das nossas instituições políticas e governamentais mais elementares, dentre as quais a Democracia Parlamentar Representativa"[51].

A crise do Estado liberal traz como consequência natural a crise da democracia, em especial a representativa.

8. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: APLICAÇÃO E RECLAMOS

Quanto ao verdadeiro sujeito de decisão, o povo, remanesce a dúvida entre o corpo coletivo composto da simples somatória de todos os indivíduos capazes de vontade racional, ou aquele, também do povo, mas posicionado num "terraço do poder"[52] que o olha reunido do alto para plasmar sua opinião.

A democracia representativa[53] [54] tem por pressuposto essa ideia, ou seja, alguém escolhido pelo povo para condensar sua vontade coletiva, além do conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político[55].

A representação é montada sobre o mito da "identidade entre povo e representante popular", que tende "a fundar a crença de que, quando este decide é como se decidisse aquele, que o segundo resolve pelo primeiro, que sua decisão é a decisão do povo; (...) que, em tal suposição, o povo se autogoverna, sem que haja desdobramento, atividade, relação intersubjetiva entre dois entes distintos: o povo,

---

[50] SILVA, José Afonso da. *O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa.* Revista do advogado, v. 23, n. 73, p. 94-108, nov., 2003, p. 94.
[51] BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 149.
[52] Bovero (ob. cit., pp. 16-17).
[53] Para Silva (2003, p. 97) democracia representativa "é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado, diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente".
[54] Silva (2003, p. 97) identifica em Sieyes o idealizador da teoria do governo representativo em sua obra *Qu est-ce que le Tier État?*
[55] Silva (ob. cit., p. 97).

destinatário das decisões, e o representante, autor, autoridade, que decide para o povo"[56].

A Constituição Federal estruturou o exercício do poder com a democracia representativa, onde todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nas hipóteses por ela aduzidas (CF, art. 1º, parágrafo único). O modelo adotado conferiu máxima importância à realização periódica de eleições gerais ou parciais sem levar em consideração outros temas relevantes, como a circulação das elites e a fiscalização do exercício do poder pelo povo[57].

Da mesma forma do que ocorre com a separação de poderes, a teoria do da representação política que se concretiza no mandato representativo, é criação do Estado liberal burguês, e significa que "o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual; esse mandato se diz geral, livre irrevogável e não comporta ratificação dos atos do mandatário. E, por isso, há muito de ficção no mandato representativo, prevalecendo a noção de "simples técnica de formação dos órgãos governamentais" e de uma "ideia de igualdade abstrata perante a lei"[58].

A posição proeminente das eleições no modelo adotado, relegou para segundo plano os demais temas, como a responsabilização popular dos eleitos, a natureza da representação e do mandato. Marcello Cerqueira exemplifica que:

> Pensa-se a democracia como um conjunto de instituições, mais ou menos estáveis, que se legitimam pelo voto popular: Muito embora haja escolha (e até surpresas), a participação popular se expressa em eleições periódicas e normalmente se esgota com a eleição dos representantes. O script é conhecido: o povo vota e os eleitos governam. E o ciclo se repete com novas eleições. Os comportamentos são previsíveis[59].

---

[56] Silva (ob. cit., p. 99).
[57] Ferreira Filho (ob. cit., p. 33).
[58] Silva (ob. cit., p. 98).
[59] CERQUEIRA, Marcello. *"Recado ao Tempo: Democracia e Segurança Jurídica"* . In: *Constituição e Segurança Jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, por Cármen Lúcia Rocha, 415, Belo Horizonte, MG: Fórum, 2005, p. 32.

A imagem que mais representa a democracia dos tempos modernos, é o dia das eleições, "longas filas de cidadãos que esperam a sua vez para colocar o voto na urna" na lúcida visão de Bobbio[60]. O voto, ao qual se costuma associar o relevante ato de uma democracia atual, é o voto não para decidir, mas sim para eleger quem deverá decidir. Vota-se para que o representante vote pelo representado[61].

No entanto, segundo Kelsen[62] o método da seleção dos líderes, ou seja a eleição é elemento essencial da democracia real (pois a democracia ideal, que não existe em lugar algum), sem pretender exclusividade.

O governo representativo é exercido não pelo povo, mas por representante filiado a partido político, não se conhece de candidaturas independentes (CF, art. 14, § 3º, V), eleito pelo voto obrigatório, direto e secreto em sufrágio universal (CF, art. 14, *caput*).

Assim, para não nos afastarmos da síntese poética de Bovero[63], o verdadeiro sujeito de decisão quem decide é aquele que olha o povo do alto do terraço do poder e plasma as suas opiniões, como representantes daquele.

Segundo Cruz a democracia, seja qual for as suas formas, para funcionar na sociedade atual, não pode ser de "métodos ou procedimentos", mas acima de tudo um valor interligado a aplicação de outros princípios. E complementa sua ideia de que:

> A efetivação do princípio democrático pressupõe que as decisões públicas devem ser adotadas pela participação, direta ou indireta, dos cidadãos, e que, por isso, podem ser também modificadas ou revogadas pela vontade deles. Isso supõe a existência de canais de participação desses cidadãos na adoção de decisões públicas. Mas supõe algo mais: que a mesma organização da comunidade política encontre sua legitimidade e justificação na vontade popular[64].

Mesmo com essa patologia, a democracia representativa não se resume apenas a eleições periódicas, procedimento técnico para a designação de pessoas para

---

[60] BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos.* 2ª ed. Tradução: Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 371.
[61] Bobbio (ob. cit., p. 372).
[62] *Apud* Bobbio (ob. cit., p. 372).
[63] Bovero (ob. cit., pp. 16-17).
[64] Cruz (ob. cit., pp. 9-11).

o exercício de funções governamentais, por meio do voto, mas, também, significa "expressar preferência entre alternativas"[65].

Desse modo, as eleições ultrapassam a mera função designatória "para se transformarem num instrumento, pelo qual o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento, e por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais"[66]. O povo, pelas eleições, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e adere à política de governo[67].

A adoção do princípio democrático por determinada constituição não transforma a democracia jurídica em uma *"verdadeira democracia política"*[68]. Porque, mesmo quando cumpridos os critérios formais do sistema pode ainda o representante do titular do poder soberano, segundo as regras estabelecidas, carecer de legitimidade.

Como explica Osvaldo Ferreira de Melo:

> legitimidade é o conjunto de características com fundamentos na ética, na razão ou na justiça, compadecentes com os padrões de determinada sociedade, em determinado tempo. É conceito mais amplo que o de legalidade, pois implica em consenso social, independentemente de um poder coator. É a legitimidade que, acima de tudo, respalda a autoridade[69].

A Democracia Representativa passa por um dilema, assegurar a igualdade substancial entre todos, ao mesmo tempo, que deve respeitar a liberdade individual, que numa sociedade heterogênea e globalizada, reduz sua legitimidade para absorver e resolver os conflitos próprios da realidade do século XXI. Questões típicas da modernidade estão por serem resolvidas em muitos países entre as quais está a extensão do voto aos estrangeiros residentes, já que eles estão evidentemente interessados nas decisões públicas, considerando que têm direitos a defender e pagam tributos ao Estado[70], e ainda o critério para definição do cidadão com base no *ius soli*.

---

[65] Silva (ob. cit., pp. 97-98).
[66] Silva (ob. cit., p. 98).
[67] Silva (ob. cit., p. 98).
[68] Ferreira Filho (ob. cit., p. 31).
[69] *Apud* Cruz (ob. cit., p. 11).
[70] Cruz (ob. cit., p. 15).

Por isso, necessário se faz rediscutir a prática democrática e sair de seu momento inicial das eleições e avançar durante seus intervalos acerca da titularidade do poder em torno do eleito ou do eleitor. O hiato entre as vontades do representado e do representante necessita de novos modelos de percepção da vontade do primeiro, seja pelo mandato imperativo, pelo *recall* ou outros institutos criados em outros países para dar densificar a opção democrática.

CONCLUSÃO

A judicialização da Política deve ser abordada em pelo menos duas vertentes: o deferimento de meios materiais aptos para a efetivação de direitos sociais e a escolha da Política Pública voltada para a efetivação do direito social deduzido em juízo.

Como exposto, tanto uma quanto a outra vertente apresentada trazem dificuldades para o Estado Brasileiro como um todo, porque, primeiramente reconhece um direito social, sem dar-lhe efetividade, em segundo lugar, tal ação *ultra vires*, desencadeia uma onda de demandas individuais e coletivas exigindo o cumprimento do direito constitucional.

Os conflitos de interesses devem ser julgados pelos juízes que fazem escolhas públicas em nome de todos, à luz dos fatos que lhes foram apresentados. Os julgados de pequena monta não interferem ainda no funcionamento do Estado, no entanto, se forem potencializados poderão inviabilizar outras ações sociais.

A democracia representativa também padece de problemas, especialmente, no que tange ao distanciamento entre o representante e o representado.

Diante de tais fatos, tanto a separação de poderes quanto a democracia representativa estão em crise e passam por uma revolução paradigmática com vistas ao desenvolvimento de novos conhecimentos científicos hábeis para resolver, por um tempo, os problemas da sociedade contemporânea.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL JÚNIOR José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. *Revista dos Tribunais***,** São Paulo, v. 868, p. 53-68, 2008.

"A Terapia Intensiva tem como definição oferecer cuidados a pacientes em condições graves , potencialmente recuperáveis, que se beneficiem de observação detalhada e tratamento invasivo". Disponível em: <http://www.coweb.com.br/arq/arq1431.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2011.

BARBOSA, Rui. O Estado de Sítio. Rio de Janeiro, 1892.

"Batalha por vagas em leitos de UTI nos hospitais do DF continua" (28/12/2010 - 14:52). Disponível em: http://www.defensoria.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=137154. Acesso em: 11 mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 149.

_________. Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. 2ª ed. Tradução: Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOVERO, Michelangelo. Contra o governo dos piores uma gramática da democracia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CERQUEIRA, Marcello. *"Recado ao Tempo: Democracia e Segurança Jurídica"* . In: *Constituição e Segurança Jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence,* por Cármen Lúcia Rocha, 415, Belo Horizonte, MG: Fórum, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia.* Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 31, n. 366, p. 5-27, jun., 2009.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. "Cidadania e república no Brasil: história, desafios e projeção do futuro." In: *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*, por Maria Tereza Fonseca DIAS e Flávio Henrique PEREIRA. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2008.

ENGELMANN, Fabiano. A “Judicialização da Política” e a “Politização do Judiciário” no Brasil: Notas para uma abordagem sociológica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 22, Porto Alegre: URFGS, set./2002.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10 ed., São Paulo: Perspectiva, 2011.

LESSA *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro; v. 198, out./dez. 1994

MONTEIRO, Jorge Vianna. Como funciona o governo. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do direito. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. *O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa*. Revista do advogado, v. 23, n. 73, p. 94-108, nov., 2003.

VIANA, Cláudio Henrique da Cruz. *A judicialização da política.* Revista do Ministério Público, n. 27, jan./mar. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2008.

XIMENES, Julia Maurmann. A judicialização da política como problemática de pesquisa. Brasília: 2011. Em fase de elaboração.

HABERMAS, Jüngen. Tendências da Juridicização. Disponível em: < http://mnfd.sad.iscte.pt/Habermas_Juridicizacao.PDF>. Acesso em: 30/jan./2012.

O EXERCÍCIO DA SOBERANIA POPULAR POR MEIO DO DIREITO:

A Proposta Democrática de Habermas de Emancipação da Sociedade Civil

Flávio Rezende Dematté [1]

RESUMO: Outrora considerada o baluarte ideológico das revoluções liberais e pedra fundamental sobre o qual se erigiu o constitucionalismo a partir do segundo pós-guerra, a soberania popular nunca foi exercida de maneira tão acanhada como no atual cenário social. Por um lado, tem-se uma sociedade civil onde os cidadãos deveriam se comunicar e se manifestar de maneira livre, racional e empenhada quanto aos temas de interesse coletivo, mas que, em geral, se restringem a participar das eleições periódicas; por outro lado, há um Estado que, cada vez mais, decide sem levar em conta a opinião pública eventualmente formada no espaço social coletivo acerca daquilo que é politicamente decidido. Diante desse panorama, a teoria democrática deliberativa elaborada por Habermas surge como uma proposta para reequilibrar essa tensa relação entre sociedade civil e Estado, o que se dá por meio da compreensão da soberania popular como o resultado de práticas comunicativas intersubjetivas delimitadas procedimentalmente por meio do direito e desenvolvidas no seio das esferas públicas.

Palavras-chave: Soberania Popular, Esfera pública, Democracia, Direito.

THE EXERCISE OF THE POPULAR SOVEREIGNTY THROUGH THE LAW:

The Habermas' Democratic Proposal for a Civil Society Emancipation

ABSTRACT: Once considered the bastion of liberal revolutions and ideological foundation stone on which was erected constitutionalism from the second post-war, popular sovereignty has never been exercised in a way so narrow as in the current social scenario. On the one hand, there is a civil society where citizens should communicate and speak freely, as rational and committed to issues of collective interest, but that, in general, are restricted to participate in periodic elections. In the other hand, there is a state that, increasingly, decides without considering public opinion eventually formed in the collective social space about what is politically decided. Against this background, the deliberative democratic theory developed by Habermas emerges as a proposal to rebalance this tense relationship between civil society and state, which is through the understanding of popular sovereignty as the result of intersubjective communicative practices procedurally delimited by the law and developed within public spheres.

[1] Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Mestrando em Direito Constitucional (IDP).

Keywords: Popular Sovereignty, Public Sphere, Democracy, Law.

1. INTRODUÇÃO

A expressão “todo poder emana do povo” se tornou um axioma de inscrição obrigatória nas constituições de todos os Estados de Direito que pretendam ser reconhecidos como democráticos, sentença esta que projeta a ideia de uma força soberana e ativa que emerge dos integrantes da sociedade civil de uma comunidade e de onde o Estado deve retirar a legitimidade para as ações que executa e para as determinações que emite. Todavia, o que em geral se observa nas sociedades atuais é, de um lado, uma participação popular tímida e pouco interessada em influenciar o sistema político constituído, limitando-se, no mais das vezes, ao exercício do direito de voto para eleger os seus representantes políticos, e, por outro lado, uma atuação estatal cada vez autônoma em relação às opiniões públicas que deveriam irromper dos entendimentos firmados racional e mutuamente na sociedade civil.

Com o fim de estabelecer um equilíbrio na relação entre Estado e sociedade através da reconstrução do papel da soberania popular, o filósofo alemão Jürgen Habermas propõe um modelo de democracia que privilegia o potencial comunicativo das deliberações entabuladas pelos atores sociais no espaço social conhecido como “esfera pública” e que, por meio de procedimentos institucionalizados pelo direito, eleva as opiniões ali firmadas ao âmbito do sistema político, a fim de que este seja influenciado em suas decisões por aquilo que foi consensualmente acolhido pela sociedade civil.

A proposta do presente trabalho é compreender como num contexto democrático de cariz harbemasiamo a soberania popular exercida de maneira comunicativa e participativa, através de instituições jurídicas, pode imprimir legitimidade às ações do sistema político. Para tanto, o desenvolvimento do estudo inicia-se com (2) uma sucinta exposição de como se relacionam o mundo da vida e os sistemas na visão de sociedade elaborada por Habermas, seguido da (3) apresentação do modelo procedimental de democracia deliberativa, o que resultará na (4) análise de como o direito e a esfera pública se envolvem no processo de circulação do poder entre sociedade e política, finalizando (5) com um exame a respeito da viabilidade de uma democracia deliberativa real no Brasil, tomando como exemplo a recente experiência vivenciada por meio da edição da “Lei da Ficha Limpa”.

2. A RELAÇÃO ENTRE MUNDO DA VIDA E SISTEMAS

A temática a ser desenvolvida no presente estudo não dispensa que se faça, preliminarmente, uma exposição, ainda que de forma concisa, a respeito de algumas importantes categorias utilizadas por Habermas e que constituem pedras basilares para a compreensão da sua concepção de direito e de democracia na sociedade moderna. A tal propósito destina-se este tópico.

Desde a obra “Teoria da Ação Comunicativa”, de 1981, quando publicou sua teoria da sociedade, passando pela teoria do direito desenvolvida em “Direito e Democracia”, de 1992, até os seus mais recentes trabalhos, como “Verdade e Justificação”, de 1999, Habermas emprega a categoria da “ação comunicativa” como fio condutor de toda a sua produção teórica. Tal conceito se refere a uma forma de interação social em que pelo menos dois sujeitos capazes de utilizarem a linguagem – verbal ou não – estabelecem uma relação interpessoal, por meio da qual eles buscam alcançar, racional e consensualmente, um entendimento acerca de uma situação, a fim de poderem coordenar, de comum acordo, suas ações e planos de ações na sociedade (HABERMAS, 1999, p. 124).

Habermas (2001, p. 57) contrapõe a ação comunicativa a outras duas espécies de ação que se encontram sob o gênero das “ações racionais teleológicas”: as ações instrumentais e as ações estratégicas. Ambas destinam-se à realização, com sucesso, de um fim almejado pelo ator social, sendo que a primeira se constitui pelo emprego das regras e meios técnicos mais adequados para controlar a realidade, ao passo que por meio da segunda o ator social volta-se para a escolha

racional dos valores e máximas mais convenientes para influenciar o outro quanto às suas preferências.

A diferenciação entre ação comunicativa e ação racional teleológica ganha destacada importância em razão da divisão da sociedade em dois âmbitos complementares que faz Habermas, em que se tem, por um lado, o mundo da vida, formado pelo "horizonte de uma práxis do entendimento mútuo, em que os sujeitos que agem comunicativamente procuram, em conjunto, chegar a um bom termo com seus problemas cotidianos" (HABERMAS, 2004, p. 320), prática esta que está fundada na linguagem e em um conjunto de conhecimentos inquestionáveis e pré-compreendidos (tradições, culturas, costumes, certezas etc.), comum a todos que integram a sociedade; por outro lado, os sistemas consistem em estruturas sociais voltadas para a busca da realização de um fim, que se comunicam entre si através de meios "deslinguistizados" (HABERMAS, 1992, p. 217) chamados "códigos" e que se autorregulam por meio de uma diferenciação funcional, característica esta que é responsável pelo estabelecimento dos dois principais subsistemas sociais: o mercado (sistema econômico), que utiliza o código "dinheiro", e o Estado (sistema político), que emprega o código "poder administrativo". Daí já se infere que no mundo da vida imperam as ações do tipo comunicativas, ao passo que nos sistemas prevalecem as ações racionais teleológicas.

Ocorre que na sociedade moderna o mundo da vida e os sistemas não se encontram mais amalgamados estruturalmente pelas cosmovisões sacro-religiosas e metafísicas globalmente compartilhadas que existiam antes nas sociedades primitivas e tradicionais, o que acabou por acarretar um desacoplamento daqueles dois âmbitos sociais (HABERMAS, 1992, p. 219), sobrecarregando, assim, a dependência da capacidade de racionalização do mundo da vida – ou seja, os potenciais de racionalidade desenvolvidos por meio da ação comunicativa – e aumentando o risco de os atores sociais optarem por agir de maneira racional teleológica (REPA, 2006, p. 196).

Essa situação de desacoplamento estrutural chega ao ápice quando o funcionamento sistêmico passa a interferir e condicionar o modo de operar do mundo da vida, deturpando, assim, as ações que ocorrem nesse meio, o que Habermas (1992, p. 280) denomina de "colonização do mundo da vida", ou seja, usa-se a lógica das ações comunicativas não mais para se chegar a um entendimento racional e mútuo quanto a um plano de ação, mas sim para fins instrumentais ou estratégicos. O resultado desse fenômeno é uma verdadeira exploração social do mundo da vida pelos sistemas, em que aquele deixa de se desenvolver e de promover a integração social em razão da escassez da sua "matéria-prima" – o entendimento obtido por

meio do consenso racional intersubjetivo –, ocasionando, consequentemente, o aumento do risco de dissensos e conflitos na sociedade, pois todos os atores sociais estarão envolvidos na obtenção e no êxito dos fins que almejam, o que torna o outro apenas mais um meio/objeto para o atingimento de tais metas.[2]

Marcos Nobre (2008, p. 24) aponta que é diante do desafio de emancipar/aliviar o mundo da vida e o agir comunicativo das intervenções e ingerências dos sistemas, sem, por sua vez, interferir no próprio agir racional teleológico destes, também imprescindível para a sociedade, que levou Habermas a desenvolver a sua teoria do direito e da política contida na obra "Direito e Democracia", onde, por um lado, identifica ser o direito o *medium* adequado para realizar tal tarefa e, por outro lado, constata que o direito na sociedade moderna é constituído por uma tensão estrutural constante entre a sua facticidade e a sua validade, a qual, sob um aspecto interno, se manifesta na tensão entre a coerção fática e a validade legítima da norma e, sob uma ótica externa, se consubstancia na tensão entre a facticidade do poder político e validade da autonomia política dos cidadãos.

É analisando os elementos necessários que compõem a forma como o direito lida com esse viés externo da tensão entre facticidade e validade – a concepção de um modelo procedimental de democracia deliberativa, a redefinição do papel da esfera pública no fluxo comunicativo por meio de discursos e o estabelecimento do direito como catalisador da circulação dos poderes comunicativo e administrativo – que iremos compreender como o agir comunicativo é capaz de promover transformações significativas na sociedade através da institucionalização de procedimentos democráticos.

3. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO MODELO PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A proposta de democracia elaborada por Habermas – a qual ele denomina de "deliberativa-procedimentalista" ou simplesmente "discursiva" – é melhor compreendida a partir da análise e do cotejo feitos pelo autor entre duas concepções tradicionais de arranjos democráticos: o liberal e o republicano. Nesta comparação, Habermas (2007, p. 277) busca identificar como se

2 É importante destacar que no conjunto da obra de Habermas as categorias "ação comunicativa" e "mundo da vida" permeiam as investigações feitas pelo autor em vários campos do conhecimento, além de interagirem com vários outros conceitos, tais como os de "atos de fala", "pretensões de validez" e "funções da linguagem". Contudo, para o estudo a que se destina o presente trabalho, a síntese aqui apresentada a respeito de tais categorias é suficiente para assentar o piso teórico exigido pela análise a ser desenvolvida.

estabelecem os conceitos de "cidadão do Estado" e de "direito" em cada um daqueles modelos dominantes, o que o faz a partir da ótica do papel desempenhado pelo processo democrático nestes, para, ao fim, apresentar a sua formulação democrática.

No modelo liberal, tem-se, de um lado, o Estado com todo o seu ferramental administrativo-burocrático e, de outro, a sociedade constituída segundo as leis do mercado e composta por pessoas e seus interesses privados, havendo entre ambos uma relação político-democrática verticalizada hierarquicamente. Neste cenário, o processo político de formação da vontade (democracia) cumpre tão-somente uma função mediadora entre aqueles dois âmbitos, com o intuito de que os interesses e fins coletivos desejados pela sociedade sejam identificados e perseguidos pelo Estado, preservando-se, ao máximo, os interesses privados.

O cidadão do Estado na concepção liberal é aquele que possui direitos subjetivos em face do Estado e dos outros cidadãos, de sorte que ele é livre, nos limites estipulados em lei, para atuar na persecução dos seus interesses privados sem interferências estatais ou de terceiros, assim como para defendê-los em caso de intervenções indevidas (direitos subjetivos negativos, portanto); os direitos políticos, nesse mesmo compasso, são exercidos pelos cidadãos para controlar se os seus interesses estão sendo devidamente protegidos pela atuação estatal. Já o conceito de direito em si é concebido neste âmbito como uma ordem jurídica apta a "constatar em cada caso individual quais são os direitos cabíveis a que indivíduos" (HABERMAS, 2007, p. 281), ou seja, está fundada nos direitos subjetivos dos cidadãos.

Por sua vez, o modelo republicano agrega àquela forma dual de integração social do modelo liberal um terceiro elemento, o qual está diretamente relacionado à função constitutiva – e não apenas mediadora – que o processo democrático desempenha nessa tradição política: a solidariedade. Habermas (2007, p. 278) expõe que no republicanismo a política é concebida "como forma de reflexão sobre um contexto ético", a qual se dá em uma "base social autônoma" independente do Estado e do mercado, onde os cidadãos se "conscientizam de sua interdependência mútua" e, pela via comunicativa e sem se descurar do *ethos* público, chegam ao consenso acerca dos bens e dos interesses coletivos relevantes. Assim, tem-se a primazia de uma relação horizontalizada de formação da vontade política.

De modo que, aqui, o cidadão do Estado é aquele que ostenta direitos de cidadania e de atuação política que exigem uma postura participativa ativa por parte dele e o torna responsável politicamente pela comunidade que integra, a qual ele almeja que seja formada por pessoas livres e iguais (HABERMAS, 2007, p. 280), sendo que a política extrai a sua força da prática participativa e comunicacional dos cidadãos de, consensualmente, definirem os contornos dos

interesses públicos. Seguindo essa linha, a compreensão republicana de direito recai sobre uma ordem jurídica cujas normas viabilizem aos cidadãos as condições necessárias para conviverem entre si de maneira íntegra, tais como respeito mútuo, igualdade e, claro, autonomia, elementos possibilitadores daquela referida atuação política efetiva.

O balanço que Habermas faz dessas divergências entre liberalismo e republicanismo é que elas estão assentadas na natureza atribuída à política por cada um destes modelos, pois o primeiro a concebe como uma disputa negocial e estratégica por posições que possibilitem o exercício do poder administrativo (de um lado, tem-se os agentes políticos agindo para se manterem ou conquistarem o poder, e, de outro, encontram-se os eleitores que veem o seu voto como uma forma de fazerem prevalecer as suas preferências) e o segundo compreende a política como uma arena discursiva onde se encontram o poder comunicativo proveniente da práxis participativa dos cidadãos e o poder administrativo exercido pelo Estado.

Embora Habermas (2007, p. 284) identifique que o emprego da via comunicativo-consensual pelos cidadãos em uma democracia republicana seja uma vantagem importante, ele destaca que o processo democrático nesse modelo fica refém de uma postura ética e das virtudes dos cidadãos participantes da política, de sorte que, em razão do pluralismo que se instala nas sociedades modernas, haverá certos valores, interesses, objetivos e opiniões que não comporão a identidade coletiva da comunidade, déficit este que precisa ser compensado por meio de acordos cooperativos assentados em pressupostos morais de validação geral e operacionalizados por meio de procedimentos institucionalizados pela forma jurídica.

É a partir deste cenário e por meio de uma compatibilização entre elementos de ambas as concepções tradicionais de democracia – do republicanismo, a posição central ocupada pelo processo político de formação da opinião, e do liberalismo, o respeito ao limite entre sociedade e Estado – que Habermas constata a necessidade de uma nova abordagem democrática, elaborando, destarte, o seu modelo de democracia deliberativa.

> Em face disso, a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicações formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação. A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável. (HABERMAS, 2007,

p. 289)

É importante assinalar que Habermas não compreende o termo “deliberação”, em sua proposta democrática, no sentido de “decisão” ou “solução”, e sim como “debate” ou “discussão”, privilegiando, assim, a argumentação travada em diferentes espaços públicos pelos atores sociais, no contexto das práticas discursivas por eles instauradas para defenderem as pretensões de validez daquilo que comunicam. No entanto, em que pese os processos deliberativos não promoverem diretamente decisões, eles são imprescindíveis para racionalizar o processo de tomada de decisões. Seyla Benhabib (1996, p. 71-73) aponta três razões para isso: um, os processos deliberativos são processos que transmitem informações, pois ninguém, isoladamente, prevê ou antecipa todas as perspectivas que importam para os demais indivíduos ou possui todas as informações relevantes para uma decisão que afete a todos; dois, os processos deliberativos permitem a articulação de conflitos de interesses sob condições mutuamente aceitáveis por todos de uma cooperação social; e, três, os processos deliberativos privilegiam a pluralidade de modos de associação nos quais todos os afetados têm o direito de apresentarem os seus pontos de vista.

Do contexto democrático-deliberativo desenvolvido por Habermas, verifica-se que tal proposta de democracia exige uma acepção de soberania popular desvinculada de um sujeito específico que a incorpore, ou seja, que não esteja fincada em um conceito material de povo ou na atribuição anônima de competências feita pela constituição (HABERMAS, 2007, p. 291), pois os fluxos comunicacionais que transportam a vontade popular emergem de um meio formado por uma rede de espaços públicos sensíveis a problemas sociais e agregadores de razões, opiniões e debates acerca destes: as esferas públicas.

Por outro lado, constata-se que muitas das opiniões que surgem em tais espaços públicos podem ser comutadas em decisões emanadas do Estado, ocorrendo, assim, a conversão do poder comunicativo (mundo da vida) em poder administrativo (sistema político). Esse processo somente pode ocorrer por meio de procedimentos discursivos democráticos institucionalizados que possibilitem e garantam, continuamente e de maneira igualitária, o exercício das liberdades comunicativas pelos atores sociais, permitindo que estes se compreendam não só como destinatários das decisões proferidas pelo Estado, como também seus autores (HABERMAS, 2003a, p. 157). O meio apropriado para a realização desta transformação de um poder em outro é, de acordo com Habermas (2003a, p. 190), o direito, que, funcionando como uma charneira (HABERMAS, 2003a, p. 82), viabiliza o trânsito de fluxos comunicacionais entre o mundo da

vida e o sistema político.

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto (2006, p. 127), a esfera pública como espaço possibilitador da participação popular através do agir comunicativo e o direito como *medium* garantidor da liberdade e da igualdade dos atores sociais no processo discursivo constituem, respectivamente, os aspectos sociais e políticos do modelo procedimental de democracia deliberativa proposto por Habermas. Não por acaso que este é incisivo ao afirmar que a chave de tal modelo reside no “fato de que o processo democrático institucionaliza discursos e negociações com o auxílio de formas de comunicação as quais devem fundamentar a suposição da racionalidade para todos os resultados obtidos conforme o processo” (HABERMAS, 2003b, p. 27).

De sorte que “esfera pública” e “direito” estão estruturados em um campo onde se trava uma disputa incessante entre poderes comunicativos e administrativos, os quais, embora voltados para fins diferentes e muitas vezes incompatíveis, configuram, ao mesmo tempo, condição de existência um para o outro na sociedade pós-tradicional (moderna).

4. DIREITO E ESFERA PÚBLICA NA MÃO DUPLA DO FLUXO ENTRE PODERES

Como exposto no tópico introdutório, há um paradoxo que se encontra em constante tensão na sociedade moderna: a relação entre mundo da vida e sistema. Se, de um lado, o mundo da vida precisa se emancipar das ingerências provenientes dos sistemas, estes, por outro lado, lançam constantes pretensões colonizadoras sobre aquele: de um lado, o agir comunicativo, de outro, o agir racional teleológico; de um lado, a sociedade, de outro, o Estado; de um lado, o poder comunicativo, de outro, o poder administrativo.

É justamente nesse ambiente tenso que se apresenta um dos principais problemas que Habermas procura solucionar com sua proposta democrática e sua teoria do direito: como coordenar, de uma maneira harmônica e equalizada, esse fluxo de poderes, sobretudo na via dupla que liga sociedade civil e sistema político.

Para tanto, Habermas acolhe um programa de circulação do poder e da comunicação elaborado pelo cientista político alemão Bernhard Peters – em que a deliberação e a comunicação públicas se dão na sociedade em diferentes grupos e através de sucessivos estágios (1997, p. 14) – e o adapta ao procedimentalismo de sua teoria democrática, esquematizando

uma interação entre sociedade civil e sistema político por meio de um sistema de "comportas" ou "eclusas"[3], em que as categorias da "esfera pública" e do "direito" desempenham a função de promoverem a transposição dos fluxos de poderes de um ambiente para o outro.

Contudo, para a adequada compreensão da "mecânica" operativa do referido sistema de comportas e da maneira como esfera pública e direito se articulam nesse esquema, indispensável que se perceba como Habermas formula cada uma daquelas categorias no contexto da sua teoria jurídica.

4.1. A Esfera Pública como Estrutura Comunicacional Intersubjetiva

Tal como a ação comunicativa, a categoria da "esfera pública" ocupa uma posição central no pensamento habermasiano, a ponto de ter sido o objeto principal da investigação que deu origem ao livro "Mudança Estrutural da Esfera Pública", de 1962, e de ter continuado a exercer um papel fundamental em suas construções teóricas posteriores, apesar de ter sofrido alguns ajustes conceituais promovidos por Habermas em razão da reformulação que este fez a respeito da relação entre mundo da vida e sistema.

Ciente da importância de se compreender o que vem ser a esfera pública, Habermas inicia por apontar que ela é um "fenômeno social elementar", tal como a coletividade ou a ação, o que, de imediato, afasta a sua percepção como uma instituição, um sistema ou uma organização. A partir daí, a esfera pública é caracterizada como uma rede onde opiniões, conteúdos e manifestações fluem comunicativamente, por meio da linguagem natural, fluxos estes que são por ela depurados, simplificados e agrupados a fim de se tornarem opinião pública acerca de um tema pontual. Por fim, filósofo alemão estabelece o seguinte conceito:

> A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana. (HABERMAS, 2003b, p. 92)

Desde o conceito de esfera pública burguesa feito por Habermas em 1962, quando ela era concebida como "a esfera das pessoas privadas reunidas em um público" (1984, p. 42), com o fim de tratar de questões relacionadas ao comércio e ao trabalho, sempre se destacou na

3 O sistema de "eclusas" constitui um aperfeiçoamento estrutural e funcional do sistema de "sitiamento" pensado por Habermas em trabalhos anteriores.

categoria harbemasiana de esfera pública a ideia de um *locus* público para discussão inserido no ambiente privado.

A esfera pública tal como é conhecida hoje tem a sua origem nas esferas literárias burguesas, círculos de discussões formados em cafés, restaurantes ou outros locais públicos onde as pessoas se reuniam para debater assuntos ligados às artes (literatura, pintura, música). Lúcia Aragão (2002, p. 182) explica que esses espaços surgiram durante o século XVIII em razão da abertura dos concertos musicais ao público em geral – um privilégio que até então era reservado aos clérigos e aristocratas – e da privatização das escolas de músicas, que eram vinculadas à Igreja. Ainda segundo a autora (2002, p. 183), tal esfera pública literária é complementada pela esfera privada familiar burguesa, um ambiente isento das ingerências econômicas e políticas externas, onde os membros da família poderiam desenvolver com autonomia a sua personalidade, ocorrendo, assim, uma emancipação psicológica do homem.

Acompanhando Lúcia Aragão na sua síntese evolutiva da categoria "esfera pública" no pensamento de Habermas até a concepção adotada em "Direito e Democracia", verifica-se que na esfera pública política pós-revoluções liberais os cidadãos se voltam para a discussão, contra o poder estatal, de questões civis pertinentes ao campo privado, todavia ela se tornou problemática em razão de tais cidadãos confundirem e convergirem os interesses coletivos com os seus interesses pessoais por maiores liberdades individuais (2002, p. 184). Já nas sociedades mais recentes, sobretudo após as duas Grandes Guerras, a evolução do capitalismo para uma fase monopolista acompanhado pelo incremento do intervencionismo do Estado para contrabalançar as crises resultantes daquele fenômeno resultaram num sincretismo perverso entre esferas públicas e privadas (2002, p. 185): o desaparecimento do privado em razão da estatização deste, sobretudo no tocante às regulações das relações de trabalho, e a decomposição do público a partir do crescimento exponencial do seu campo de abrangência, o que o fez se afastar do sistema estatal, tornando-o mais vulnerável às influências de interesses privado. Tudo isso associado à produção de uma cultura de massa destinada a passivos cidadãos-consumidores de entretenimento, já desinteressados em exercer o uso público da razão. O resultado trágico desse processo é a ocupação de uma esfera pública retraída por apenas intelectuais e especialistas, enquanto o restante dos cidadãos se contenta com a "esfera pública" que lhes é oferecida e manipulada pelos meios de comunicação de massa (ARAGÃO, 2002, p. 187).

Essa tese pessimista de Habermas a respeito da esfera pública[4], consignada em "Mudança

4 Nessa tese habermasiana de 1962 já podem ser observados alguns elementos que ingressaram no conceito de colonização do mundo da vida elaborado quase vinte anos depois em "Teoria da Ação Comunicativa".

Estrutural da Esfera Pública", começa a sofrer mitigações feitas pelo próprio autor por ocasião do prefácio acrescido à referida obra em 1990, o que se deu em razão dos aportes teóricos oriundos dos conceitos de "ação comunicativa", "relação mundo da vida/sistema" e "colonização", desenvolvidos pelo autor em 1981.

Habermas (1994, p. 444) expõe no citado prefácio que os sistemas econômico e político não podem ser transformados democraticamente a partir de si mesmos sem que as suas habilidades funcionais e as suas lógicas sistêmicas sejam danificadas. Contudo, não se objetiva substituir tais sistemas, e sim erigir uma barreira democrática contra os imperativos sistêmicos que buscam colonizar o mundo da vida, o que só é possível por meio de um novo equilíbrio entre as três forças de integração da sociedade, de modo que a solidariedade prevaleça sobre o dinheiro e o poder administrativo. Essa demanda é o motivo pelo qual a esfera pública é considerada um conceito fundamental que exprime todas aquelas condições comunicativas necessárias para que surja uma formação discursiva de opiniões e vontades por parte de um público composto por cidadãos de uma comunidade jurídica.

Com essa primeira reestruturação da esfera pública, ela passa a ser compreendida como uma rede informal de formação de opiniões, sensível e porosa a problemas da sociedade, que recebem e tratam criticamente os argumentos e valores que transitam pelos partidos, associações e meios de comunicação de massa, funcionando como uma caixa de ressonância[5] (HABERMAS, 2003b, p. 275). É a partir das discussões intersubjetivas que ocorrem em tais esferas públicas autônomas e democráticas que o poder comunicativo de uma sociedade emana, carregando consigo as opiniões públicas deliberativamente ali produzidas, as quais ostentam pretensões de serem implementadas por meio de decisões a serem tomadas pelo sistema político.

Neste cenário, estabelece-se o modelo inicialmente elaborado por Habermas para analisar a relação entre mundo da vida e sistema: o de "sitiamento". Nesse modelo, os fluxos de poder comunicativo oriundos da esfera pública não são capazes de determinar ou influenciar diretamente os juízos e as decisões que irão se formar no âmbito do sistema político, podendo, tão somente, assediar tal sistema – que Habermas (2003b. p. 273) associa à figura de uma "fortaleza sitiada" – com os argumentos que foram produzidos naquela esfera.

Essa metáfora da "fortaleza" sistêmica indica que os processos decisórios operados no

---

5 Trata-se de um conceito elaborado por Habermas em 1988 numa palestra com o título "A Soberania do Povo como Processo", a qual foi inserida na seção de estudos preliminares e complementares da versão brasileira de "Direito e Democracia".

interior dos sistemas continuam hermeticamente blindados a uma atuação democrática mais incisiva, o que, em determinadas condições, pode acarretar a deslegitimação do próprio Estado de Direito, como no caso em que a Administração Pública decide com base no princípio da eficiência, situação que demanda maiores aportes democráticos legitimadores. Tal panorama foi percebido por Habermas quando diz que "a imagem da fortaleza 'sitiada' democraticamente, que aplico ao Estado, pode induzir a erro" (2003b, p. 184), sendo que aquele "déficit" de legitimação da atuação estatal pode ser mitigado por meio de procedimentos de participação democrática previstos pelo direito.

Diante dessa falha identificada no esquema de sitiamento, Habermas desenvolve o modelo de comportas para explicar como se dá a circulação dos poderes entre mundo da vida e sistema político, a qual se desenvolve num eixo "núcleo-periferia" que se encontra assim estruturado:

> O núcleo do sistema político é formado pelos seguintes complexos institucionais, já conhecidos: a administração (incluindo o governo), o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (incluindo as corporações parlamentares, eleições políticas, concorrência entre os partidos, etc.). Portanto, esse centro, que se perfila perante uma periferia ramificada, através de competências formais de decisão e de prerrogativas reais, é formado de modo 'poliárquico'. No interior do núcleo, a 'capacidade de ação' varia, dependendo da 'densidade' da complexidade organizatória. (…) Nas margens da administração forma-se uma espécie de periferia *interna*, que abrange instituições variadas, dotadas de tipos diferentes de direitos de auto-administração ou de funções estatais delegadas, de controle ou de soberania (universidades, sistemas de seguros, representações de corporações, câmaras, associações beneficentes, fundações, etc.). Tomado em seu conjunto, o núcleo possui uma periferia *externa*, a qual se bifurca, *grosso modo*, em *compradores* e *fornecedores*. (HABERMAS, 2003b, p. 86-87)

Assim, tem-se, de um lado, um "centro" onde estão concentradas as instâncias decisórias – algumas mais burocráticas e rígidas e outras menos – que atuam por meio do poder administrativo, e, por outro lado, uma "periferia" formada por todas as organizações, associações, movimentos, grupos e aglomerações que contribuem com opiniões – e as encaminham – para a estrutura comunicacional intersubjetiva conhecida como "esfera pública", cujo "combustível" é o poder comunicativo.

De acordo com o modelo de comportas, as ações comunicativas a respeito dos assuntos e problemas que interessam à coletividade e que circulam por toda a sociedade civil no espaço social de publicidade da esfera pública são nesta enfeixadas, de acordo com posições pró ou contra dos participantes, em opiniões públicas, que gozam de amplo assentimento do público em razão do modo deliberativo como são formadas. O que se percebe é que a periferia deve

desempenhar a árdua, mas primordial, tarefa de diagnosticar, tematizar, especificar e, por fim, encaminhar para o núcleo – a fim de influenciá-lo no processo decisório[6] – as angústias e expectativas sociais da coletividade que precisam ser, respectivamente, pacificadas e implementadas através de decisões políticas. Para tanto, a formação racional da opinião e da vontade dos cidadãos nesta periferia precisa estar balizada por procedimentos juridicamente institucionalizados que garantam, possibilitem e fomentem o livre e igualitário exercício do agir comunicativo e da soberania popular.

Na outra ponta do sistema de eclusas, encontra-se um núcleo político de estrutura organizacional complexa, a partir do qual são proferidas decisões que vinculam a todos e que são destinadas a reduzir conflitos e dissensos na sociedade, tais como as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário, as leis votadas pelo Parlamento ou as políticas públicas executadas pela Administração. Contudo, Habermas (2003b, p. 88) alerta que a legitimidade de tais decisões eivadas de poder administrativo é condicionada à sensibilidade do sistema político aos conteúdos transportados pelos fluxos comunicativos que dimanam da esfera pública e que a ele chegam por meio dos procedimentos democráticos e do Estado de Direito.

Como se vê, as ações produzidas pelos poderes que predominam em ambos os polos (ações racionais teleológicas no núcleo e ações comunicativas na periferia) são condições de existência e de desenvolvimento um para o outro, sendo que tanto o núcleo quanto a periferia dependem dos procedimentos e dos institutos estabelecidos pelo direito para que a circulação dos poderes ocorra de maneira legítima e contínua.

4.2. Direito e Soberania Popular Procedimentalizada

Ao considerar que o direito é o *medium* adequado para realizar a transformação do poder comunicativo em poder administrativo, Habermas tem em conta a característica de o direito possuir raízes operativas firmadas tanto nos sistemas quanto no mundo da vida, ou, mais especificamente para os fins deste trabalho, na política e na sociedade civil.

No campo do sistema político, o direito está presente, por exemplo, no planejamento político-administrativo do Estado, na divisão espacial dos Poderes, na estruturação dos órgãos

---

6 Lubenow (2010, p. 240) destaca que este é o ponto crucial que diferencia o modelo de sitiamento em relação ao de comportas, pois neste a esfera pública exerce uma influência ativa e democraticamente legítima sobre o processo decisório do sistema político, e não somente o rodeia com argumentos, permanecendo a tomada de decisões internamente preservada de influxos oriundos da esfera pública.

que os compõem, na distribuição das competências legislativas e materiais entre os entes estatais, na organização do exercício da coerção, na instrumentalização dos meios geradores de provimentos judiciais, na procedimentalização da atuação legiferante, na regulamentação do funcionamento dos partidos políticos e na execução de políticas públicas.

A sociedade civil, por sua vez, como estrutura institucional onde estão situados os atores sociais que agem comunicativamente em uma democracia deliberativa, é tangida pelo direito principalmente através de duas dimensões. Em primeiro lugar, pelos direitos fundamentais que resguardam e promovem a formação racional de opinião e vontade através de discursos, tais como a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de consciência, religião e convicção, os direitos de reunião e de associação, o sigilo de comunicações, a liberdade de acesso à informação e a inviolabilidade da honra, da intimidade e da vida privada. Em segundo lugar, pelos direitos que asseguram aos atores sociais a participação – ora direta ora indireta – na formação e no funcionamento do sistema político, como, por exemplo, o direito de votar em eleições, o direito de candidatura (direito de ser votado), os instrumentos de natureza político-legislativa (referendo, plebiscito e iniciativa popular), a manifestação do *amicus curiae* em processos judiciais, as audiências e consultas públicas promovidas pela Administração Pública e a participação em conselhos e comissões que integram órgãos estatais. Quanto a estes últimos direitos, Habermas destaca que os "direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas" (2003, p. 190).

> O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. (…) O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. (HABERMAS, 2003a, p. 171)

Essa ambientação dupla do direito faz com que Habermas (2003a, p. 82) o enxergue como uma charneira (dobradiça) entre o sistema político e a sociedade civil, função esta que o torna apto para abrir, nos dois sentidos, as portas por onde os fluxos de poder transitarão, atuando como um tradutor entre a linguagem coloquial do mundo da vida e a linguagem por códigos dos sistemas.

Essa charneira jurídica é possibilitada, sobretudo, por três princípios decorrentes de uma

acepção democrático-deliberativa de soberania popular, no sentido de que "todo poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos" (HABERMAS, 2003a, p. 212-213): (1) o princípio da garantia legal de uma ampla proteção jurídica do indivíduo, que assegura que as pretensões jurídicas individuais fundamentadas em lei possam ser reclamadas judicialmente; (2) os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração, que vincula expressamente a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente; e (3) o princípio da separação entre Estado e sociedade, que garante uma autonomia social a cada cidadão de poder utilizar os seus direitos políticos.

Habermas formula que o Estado de direito fundado a partir da conjugação da soberania popular, no sentido acima indicado, e dos três princípios que dela se originam deve se prestar para a auto-organização política autônoma de uma comunidade que é erigida, por meio do direito, em uma associação jurídica de cidadãos livres e iguais.

> As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos. (HABERMAS, 2003a, p. 220)

Assim, conclui-se que o cerne da transformação do poder comunicativo em poder administrativo reside na concepção deliberativa de soberania popular, a qual não é mais subjetiva e sim intersubjetiva, e que foi capilarizada nos inúmeros procedimentos jurídicos que amparam e possibilitam a formação de discursos racionais na sociedade civil, os quais serão direcionados ao sistema político para fins de deliberação formal e decisão.

Apenas por meio de uma soberania popular procedimentalizada pelo direito as opiniões públicas agregadas nas esferas públicas podem, por meio dos dutos procedimentais, alcançar a esfera sistêmica política e influenciá-la com os argumentos trazidos racionalmente pelos atores sociais e incorporados aos discursos. Por acolherem a presença de um número indefinido de participantes no processo discursivo e por viabilizarem uma deliberação amplamente aberta quanta à receptividade de opiniões e argumentos, os procedimentos determinados pelo direito são, de fato, os móveis que habilitam os poderes comunicativo e administrativo a fluírem legitimamente pelos ambientes da sociedade civil e da política.

5. DEMOCRACIA DELIBERATIVA NO BRASIL? ANÁLISE DE UM EXEMPLO

O fato de o atual Estado Democrático de Direito brasileiro ter sido antecedido por mais de duas décadas (1964-1985) de ditadura militar ferrenha – período em que importantes direitos fundamentais previstos na Constituição foram materialmente desconsiderados pelo sistema político-estatal então estabelecido, sobretudo aqueles relacionados ao exercício da soberania popular – resultou num clamor social pela elaboração de uma nova constituição e pela fundação de um novo Estado, nos quais fosse amplamente assegurada a participação dos cidadãos no processo de produção do poder administrativo operado pelo sistema político. Tal desiderato da sociedade foi realizado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ponto de esta ter recebido de Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a elaborou, o título de "Constituição Cidadã".

A começar pelo art. 1º, consta, no *caput*, os fundamentos da República, dentre eles a cidadania e o pluralismo político, e, no parágrafo único, a inscrição do clássico lema representativo da soberania popular ("Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"), seguindo por vários incisos que integram o rol dos direitos fundamentais individuais indicados no art. 5º (em especial aqueles previstos nos incisos I a XX), chegando ao capítulo dedicado aos direitos políticos (Capítulo IV, arts. 14 a 16), sem olvidar outros dispositivos constitucionais que, de alguma forma, se relacionam com a atuação popular no Estado (§§ 3º e 4º do art. 18; § 4º do art. 27; art. 29, XIII; § 3º do art. 37; §2º do art. 61; art. 103-B, § 5º, I; art. 204, II), o que se observa é que o texto constitucional em vigor no Brasil contempla juridicamente um robusto aparato procedimental colocado a serviço dos atores sociais para o regular exercício de práticas comunicativas democráticas na esfera pública ou em esferas deliberativas formais constituídas dentro do sistema político.

Vale lembrar que procedimentos de participação popular na atuação estatal são também previstos em várias normas infraconstitucionais, como, por exemplo, as audiências públicas acerca de temas tratados em processo administrativos (art. 32 da Lei nº 9.784/99), a presença do *amicus curiae* em sede de controle abstrato de constitucionalidade (§ 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99), a possibilidade de qualquer pessoa ingressar com representação a respeito de prática de improbidade administrativa (art. 14 da Lei nº 8.429/92) e o acesso, por qualquer pessoa, a informações referentes a despesas e receitas registradas nas contas públicas (art. 48-A da Lei Complementar nº 101/2000).

Habermas chama a atenção que "aquilo que dá direito à participação política liga-se com a

expectativa de um uso público da razão” (2003c, p. 172), pois “as forças da solidariedade social contemporânea só podem ser regeneradas através das práticas de autodeterminação comunicativa” (2003b, p. 189). De modo que a disponibilização, pelo direito, de todo esse ferramental de procedimentos concretizadores do exercício da soberania popular contribui para a formação de um cenário institucional que oportuniza aos atores sociais o uso público da razão comunicativa, pois são instrumentos jurídicos capacitados para canalizarem em direção ao sistema decisório político os fluxos comunicativos que venham a emergir da sociedade civil e aportarem na esfera pública.

A Lei Complementar nº 135, de 04/06/2010, que recebeu o apelido de “Lei da Ficha Limpa”, constitui um exemplo claro de como o poder comunicativo gerado na esfera pública ganha força para influenciar decisões políticas quando ele é conduzido para as instâncias sistêmicas por meio de procedimentos jurídicos.

A referida legislação complementar foi fruto de um projeto de lei apresentado em 29/09/2009 pela via da iniciativa popular, cuja proposição foi coordenada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), o qual é apoiado por pessoas físicas e importantes entidades representativas da sociedade civil de um modo geral (OAB, CONAMP, AMB, CUT, CNBB, ANPR, Instituto Ethos, Cáritas Brasileira, dentre outros). Segundo informações da MCCE (2010), quase 1,6 milhão de assinaturas foram coletadas, obtidas em todos os Estados da federação, no Distrito Federal e ainda de alguns eleitores residentes no exterior, compondo, assim, mais de 1% do eleitorado nacional, conforme limite-mínimo exigido pelo art. 13, *caput*, da Lei 9.709/98.

Com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 135/2010, foram alterados alguns dispositivos da Lei Complementar nº 64/1990, sendo que dentre tais modificações inclui-se a criação de novas hipóteses de inelegibilidade que levam em consideração certos aspectos desabonadores da vida pregressa dos candidatos, tais como a condenação por órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado, em razão do cometimento, por exemplo, de ato improbidade administrativa punido com suspensão dos direitos políticos ou de crimes contra a Administração Pública, lavagem de dinheiro, tráfico de entorpecentes, abuso de autoridade, racismo, homicídio, dentre outros delitos. O projeto de lei apresentado pela iniciativa popular não sofreu alterações significativas em seu texto durante o trâmite pelo Congresso Nacional, tendo, na fase seguinte, recebido sanção integral do Presidente da República, com vigência iniciada em 07/06/2010.

Em que pese os intensos debates judiciais que se seguiram a sua entrada em vigor,

sobretudo no tocante à aplicabilidade imediata da citada lei já para o pleito eleitoral de 2010, questão esta pacificada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 633.703 (j. 23/03/2011)[7], o que importa para fins do presente estudo é a verificação do peso democrático e deliberativo que a lei em questão carregou em todas as etapas da sua elaboração e que agora ostenta na etapa em que é aplicada concretamente pelo Poder Judiciário: (1) a livre discussão ocorrida no espaço social da esfera pública a respeito da candidatura de pessoas com vida pregressa manchada a cargos públicos eletivos, (2) a inserção da opinião pública ali consolidada – inaceitabilidade da candidatura – em um procedimento jurídico institucionalizado conhecido como "iniciativa popular", (3) o ingresso formal dessa opinião pública nas esferas sistêmicas de deliberação política através de um projeto de lei, (4) a influência que o consenso racional desenvolvido na esfera pública exerceu no sistema político durante todo processo de conversão do projeto de lei (poder comunicativo) em lei complementar (poder administrativo) e (5) a essência racional-comunicativa que impregna a lei agora vigente e que funciona como que um "*curriculum vitae*" democrático a ser levado em conta no momento da sua aplicação pelos operadores jurídicos.

Esse exemplo recente de prática soberana da democracia demonstra que o projeto habermasiano de uma democracia deliberativa através de procedimentos mediados pelo direito está longe de ser utópica ou irrealizável, mesmo em sociedades cultural e economicamente tão complexas e pluralistas como a brasileira. Ao contrário, as características formais do procedimento – ausência de argumentos/opiniões apriorísticas e abertura ao ingresso de qualquer participante interessado – configuram as condições perfeitas para o asseguramento de uma prática discursiva racionalizada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tensão entre mundo da vida e sistemas é imanente às sociedades atuais. Não se pode desconsiderar que, de um lado, há uma sociedade civil que necessita constantemente se emancipar e se desenvolver por meio do agir comunicativo que procede da participação democrática dos atores sociais que nela se encontram, e, de outro, há um conjunto de sistemas –

[7] Por seis votos a cinco, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei da Ficha Limpa não deve ser aplicada às eleições realizadas em 2010, por desrespeito ao artigo 16 da Constituição Federal, dispositivo que trata da anterioridade da lei eleitoral.

com destaque para a política – que obstinadamente lançam as ações destinadas a fins neles geradas para interferir – e muitas vezes manipular – a prática discursiva que se opera na sociedade.

Em contrapartida, a modernidade enxerga no direito o *medium* adequado para estabilizar esse conflito e proporcionar a cada um daqueles âmbitos da sociedade mecanismos institucionais que facilitem a ocorrência de um desenvolvimento social equilibrado. Tais institutos jurídicos se especificam nos direitos fundamentais relacionados à participação popular e nos procedimentos para o exercício da soberania popular, pilares dos Estados Democráticos de Direito que sobreviveram ou foram constituídos a partir do segundo pós-guerra, situação na qual se enquadra a ordem estatal brasileira iniciada em 1988.

O emprego efetivo desses institutos do direito pelos cidadãos é o que possibilita que temas relevantes para o convívio em comunidade discutidos na seara da esfera pública sejam conduzidos aos foros decisórios do sistema político, a fim de influenciar com o poder comunicativo oriundo da sociedade civil a deliberação sistêmica ali travada e que resultará em imperativos revestidos com poder administrativo.

Contudo, é preciso que os atores sociais – especialmente os cidadãos integrantes da comunidade jurídica – se despertem e se interessem em atuar discursivamente no *locus* público social quanto a questões relevantes para a coletividade; que assumam, através da razão comunicativa imbuída nos argumentos que manifestam por meio dos seus atos de fala, a co-responsabilidade quanto às decisões pronunciadas pelo sistema político, desempenhando, assim, efetivamente o papel de co-autores destas resoluções.

A proposta elaborada por Habermas a respeito de uma democracia deliberativa que viabilize a reconstrução da sociedade a partir de uma práxis sediada na ação comunicativa dos atores sociais está lançada e se mostra plenamente factível nos mais diferentes contextos sociais, inclusive o brasileiro. À sociedade civil moderna é feito o desafio de se desvencilhar das intervenções sistêmicas que, antes de tudo, obstruem os canais comunicativos por onde fluem os frutos do processo deliberativo, o que exige, sobretudo, que seus integrantes sejam algo mais do que meros consumidores de informações já discutidas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Lúcia. *Habermas:* filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference:* contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 67-94.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. Tradução de George Sperber *et alli.* 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

______. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. 1.

______. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2.

______. *Era das transições.* Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

______. Further reflections on the public sphere. In: CALHOUN, Craig (Ed.). *Habermas and the public sphere*. 3. ed. Cambridge: MIT Press, 1994. p. 421-461.

______. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

______. *Técnica e ciência como "ideologia".* Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2001.

______. *Teoría de la acción comunicativa:* racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Taurus, 1999. v. 1.

______. *Teoría de la acción comunicativa:* crítica de la razón funcionalista. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Taurus, 1992. v. 2.

______. *Verdade e justificação.* Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas. *Kriterion,* Belo Horizonte, nº 121, p. 227-258, jun./2010.

MCCE, Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. *Total de assinaturas coletadas campanha Ficha Limpa.* Brasília, 2010. Disponível em:

<http://www.mcce.org.br/sites/default/files/Assinaturas_0.pdf>. Acesso em 27 jul. 2010.

NOBRE, Marcos. Introdução. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia:* um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15-35.

PETERS, Bernhard. On public deliberation and public culture: reflections on the public esphere”. In: Institut für Interkulturelle und Internationale Studien. *Arbeitspapier,* Bremen, n. 7, 1997. Disponível em: <www.iniis.uni-bremen.de/pages/download.php?ID=6&SPRACHE=DE&TABLE=AP&TYPE=PDFZ>. Acesso em 28 jul. 2010.

REPA, Luiz. A categoria do direito no quadro da teoria da ação comunicativa. *Prisma Jurídico,* São Paulo, v. 5, p. 185-204, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa:* um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DEMOCRACIA DELIBERATIVA: OS AMBIENTES DIGITAIS COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO

Camila Baptista de C. Dorna Magalhães[1]
Larissa Peixoto Carvalho[2]

"A desgraça de quem não gosta de política é ser governado por quem gosta"
Platão

RESUMO:

O artigo busca tornar as decisões judiciais com conteúdo político, como os processos de Ativismo Judicial e de Judicialização, mais legítima, por meio da construção de decisões judiciais que levem em consideração a vontade popular, ainda que fundamentadamente dela seja divergente.

Assim, a teoria de democracia deliberativa é utilizada para fundamentar a construção de debates abertos, e os ambientes digitais são apresentadas como espaço viável para a construção de fóruns deliberativos.

ABSTRACT:

This article intend to make judicial decisions with political content, as Judicial Activism and Judicialization process, more legitimate, by elaboration of judicial decisions that take into account the people desire, despite being divergent on it.

Therefore, the theory of Deliberative Democracy is used to base the construction of open debates, and the digital ambience are used as a viable local to construction of deliberative forums.

---

[1] Advogada. Bacharel graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário de Brasília-UniCEUB. Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.
camilabapdorna@gmail.com

[2] Advogada. Bacharel graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário de Brasília-UniCEUB. Pós-graduanda em Políticas Públicas e Economia pelo Instituto de Gestão, Economia e Políticas Públicas.
laripeixoto.c@gmail.com

PALAVRAS-CHAVES:
Judicialização, Ativismo Jurídico, democracia deliberativa, participação social, legitimidade, ambientes digitais.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO

As discussões em torno dos processos de decisão por Judicialização e por Ativismo Judicial divergem quanto à funcionalidade e os resultados alcançados, ou seja, enquanto uma vertente entende que são movimentos decorrentes de uma questão conjuntural que virá a ser superada na medida em que os poderes Executivo e Legislativo retomarem suas funções institucionais no que tange à elaboração e implementação de políticas públicas, outra vertente defende que estes fenômenos decorrem de uma questão estrutural em que a maior atuação do Judiciário na implementação das políticas públicas não tem mais volta.

Em consonância com esta segunda vertente, o presente artigo tem por escopo discutir a possibilidade de tornar mais legítimas estas decisões judiciais de conteúdo político, partindo da idéia de que a consideração da vontade popular na construção dos discursos judiciais em argumentos fundamentados, ainda que resulte em decisões contrárias à vontade majoritária popular, torna mais legítimo o processo de decisão judicial.

Assim, na primeira parte do artigo é feita uma contextualização dos processos de judicialização e de ativismo judicial, e do fortalecimento das atuações do Poder Judiciário em decisões políticas bem como de instrumentos de participação social que devem ser executados em atenção à ordem constitucional vigente.

Na seqüência é discutida a democracia deliberativa como teoria suporte para o desenvolvimento de debates abertos e inclusivos, e de decisões finais bem fundamentadas, partindo da premissa de que o exercício da democracia vai muito além da prerrogativa popular de eleger seus representantes.

Num próximo tópico os ambiente digitais são apresentadas como espaços viáveis para a construção de fóruns deliberativos onde a população poderia se manifestar a respeito de decisões políticas sob judice, e viabilizariam o acesso do Judiciário aos argumentos apresentados para que considerasse o conteúdo dos argumentos da população em suas decisões.

Por fim são apresentados exemplos de decisões políticas que vem sendo tomadas em atenção à participação e à vontade popular, sem contudo se alcançar um modelo final capaz de subsidiar as decisões judiciais.

1. PODER JUDICIÁRIO – Ativismo, Judicialização e Participação Popular

Nas tradicionais sociedades democráticas, em que pese as decisões políticas deverem ser tomadas de acordo com a vontade popular, é impossível o exercício direto do poder político, como o autogoverno, principalmente em razão da grande quantidade de habitantes. Assim, o instituto da representação tornou-se elemento chave do exercício da cidadania.[3]

Contudo, os acontecimentos mais recentes de manifestações populares que vêm tomando expressão ao redor do mundo[4] apontam na direção de uma crise de legitimidade dos instrumentos de participação até então adotados. Nestes movimentos são questionadas a representação indireta como meio de tomada de decisões que impactarão diretamente a vida dos cidadãos, e até mesmo a legitimidade de instrumentos de participação direta que não permitem que os representados expressem o

[3] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1992, p.4

[4] A exemplo das inúmeras manifestações populares em países orientais contrários a regimes ditatoriais (como Líbia, Síria, Egito, Tunísia e Iemem), do movimento *Ocupe Wall Street*, de movimentos populares em países europeus questionando as decisões autoritárias de seus governantes quanto às formas de lidar com a crise econômica mundial (como Grécia, França, Itália e outros) e até mesmo de movimentos no Brasil contrários às práticas patrimonialistas como a marcha contra a corrupção.

conteúdo de suas opiniões, mas tão somente lhes permitem fazer escolhas (como o voto, o plebiscito e o referendo, por exemplo).

No Brasil muitas manifestações em prol do reconhecimento e da tutela de novos direitos vêm ocorrendo, tais como os movimentos de legalização da união homoafetiva e pela liberdade de expressão a favor de condutas ilegais como a marcha da maconha. Não obstante, os poderes Legislativo e Executivo que estão diretamente vinculados à promoção e implementação de políticas públicas que atendam a tais anseios sociais, não vêm conseguindo satisfazer estas demandas com a mesma velocidade em que surgem.

Em virtude da falta de consenso entre muitas das novas demandas, aqueles poderes vêm se abstendo de tomar decisões fundamentais para o exercício da democracia, ao que parece, receosos de que seus posicionamentos em questões controversas possam gerar desgastes entre o eleitorado, resultando, sem dúvida, numa crise entre a execução das funções inerentes aos Três Poderes do Estado.[5]

Como conseqüência, o Judiciário, que tem como uma de suas premissas a obrigação de decidir conflitos gerados na aplicação da lei, já que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art, 5º, XXXV, CR)", age de maneira ativa, numa substituição dos demais poderes.

É neste contexto que o movimento de judicialização da política, ou seja, de decidir questões de larga repercussão política ou social por órgãos do Poder Judiciário[6], vem sendo ampliado no Brasil.

Diante do crescente número de processos e decisões judiciais relacionados a questões que antes estavam apenas na seara dos outros poderes, surgiu uma crescente preocupação com a conseqüência da atuação ativa do Poder Judiciário.

Neste ínterim surgem questionamentos quanto à legitimidade do Judiciário para tomar decisões políticas, existindo o posicionamento de que por não ser um poder constituído por meio de escolha majoritária, não teria competência para fazer escolhas políticas.

Assim há um enorme fortalecimento do Judiciário que deixa de ser um Poder

---

[5] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. acesso em: 01.10.11.
[6] Idem.

apolítico, ou seja, um poder técnico-especializado puramente aplicador das leis e impossibilitado de julgar ou analisar questões políticas e de atos administrativo, passando a ser um co-protagonista político, sendo capaz de promover mudanças sociais por meio de suas interpretações legais e dos fatos[7], pelo que se expõe:

> A justiça passa a ser vista como um serviço público criado para o cidadão, não podendo ser distante, refugiada em tecnicismos e formalismos estéreis, apenas inteligíveis a iniciados. Deve, ao contrário, ser próxima, transparente, compreensível e democrática. Mas não só. É preciso que faça parte do cotidiano dos cidadãos, que estes percebam e a seus agentes, os magistrados, como garantes do cumprimento da lei e da constituição, autênticos mantedores e construtores do processo evolutivo da historia e da civilização[8].

Em face dessa realidade, pode-se afirmar que o Judiciário está integrando a sociedade de forma efetiva, promovendo a justiça social e suprindo com decisões as lacunas deixadas pelos poderes Executivo e Legislativo. É, sem dúvida, uma ação louvável já que visa em última instância o bem maior para a coletividade.

Cumpre observar que estas ações estão de acordo com a ideia de judicialização, fenômeno mundial relativamente antigo, que só ganhou espaço no Brasil a partir da Constituição de 1988 que, por vir como uma resposta ao regime militar, é extremamente liberal. Por essa razão, uma quantidade extraordinária de direitos e garantias fundamentais foram introduzidos no texto constitucional.

Além de estabelecer os direitos sociais, a nossa Lei Maior apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade,[9] e, por esse motivo, a redemocratização aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira[10].

Assim, os problemas sociais aos poucos foram sendo levados ao Judiciário (art. 5, XXXV, CF), e este tentou realmente efetivá-los com base nos novos instrumentos processuais (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, Mandado de

---

[7] FILHO, Cícero Martins de Macedo. Ativismo Judicial. **Revista Jurídica Consulex.** Ano XIII – N[0]304 – 15 de setembro de 2009. p. 50.

[8] DE CASTRO, Flavia de Almeida Viveiros. O papel Jurídico do Poder Judiciário. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Janeiro-Março de 2003. p. 179.

[9] PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil:** desafios e perspectivas. Revista de Direito do Estado, no2 abril/junho 2006. p.56.

[10] BARROSO. Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. consulta em 01.10.11. p.3

Injunção, Ação Civil Pública, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental)[11] que foram criados com a nova ordem constitucional.

A nova Constituição foi promulgada com um texto aberto com vários princípios implícitos e explícitos, fortalecendo seu poder coercitivo e de fazer valer os seus litígios, passando assim a interferir de forma direta nas questões políticas e administrativas[12].

Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições são desconfiadas do legislador, optando sobre tudo por decidir, deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto o judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é conseqüência da desconfiança na democracia e não a sua causa[13].

É muito importante também se ter a noção de que todas as vezes que se falar ou referir ao povo na constituição, seja no preâmbulo, ou em qualquer lei infraconstitucional , tem que se dar a verdadeira efetividade ao termo, o que quer dizer, que nada mais justo do que o povo ter poder de decidir diretamente, participando da ordem jurídica, interpretando e aplicando as normas constitucionais[14].

Retomando a discussão da Judicialização, é importante que se faça a distinção entre duas expressões de grande atualidade - Judicialização e Ativismo Judicial. A Judicialização é uma opção do legislador constituinte que adotou um modelo constitucional abrangente "que trouxe para a constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo majoritário e para a legislação ordinária"[15]. O legislador

---

[11] MORAIS, José Luis Bolzan e NASCIMENTO, Valéria Ribas Do. O Direito à saúde e os "limites"do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. **Revista Novos Estudo Jurídicos.** p. 254.

[12] FILHO, Cícero Martins de Macedo. Ativismo Judicial. **Revista Jurídica Consulex.** Ano XIII – N^{0}304 – 15 de setembro de 2009. p. 49.

[13] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. Jul-Dez: 2008. São Paulo. p.443.

[14] JUCA, Roberta Laena Costa. Participação popular e interpretação constitucional: a concretização da teoria de Peter Haberle na Constituição Federal de 1988. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.9, n.9, p.105-110, fev.2004.

[15]BARROSO. Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. acesso em: 01.10.11. p.3

constitucionalizou matérias que até então eram decididas por instâncias políticas tradicionais (Congresso Nacional e Poder Executivo).[16]

Para se obter uma resposta satisfatória deve ser investigado, primeiramente, o protagonismo judicial, ora em foco, diante do problema da judicialização da política a fim de melhor evidenciar o papel do ativismo dos juízes e a correlata idéia de sua discrição em face dos mencionados paradigmas substanciais e procedimentais. Permitir-se-á, com efeito o balanceamento dos critérios de legitimação o agir judicial em face do problema da efetividade dos preceitos constitucionais, asseguradores de direitos sociais, em uma sociedade como a brasileira[17].

Já o Ativismo Judicial é uma atitude, uma forma proativa de interpretar a constituição, na maioria das vezes de forma extensiva, expandindo o seu alcance e sentido. É fruto de uma sociedade que deseja a concretização e a não omissão da classe política[18].

É do conhecimento de todos a crise dos poderes políticos e em especial a que assola o Congresso Nacional há anos, sem que este consiga sair, diminuindo cada vez mais sua credibilidade, legitimidade e funcionalidade. O Congresso não legisla, o Executivo legisla por meio de medidas provisórias, e o Judiciário é provocado muitas vezes por políticos do Congresso Nacional e por instituições civis para suprir aquilo que não fizeram os demais poderes e coibir os excessos do executivo[19].

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; (iii) a imposição

---

[16] Idem.

[17] CIARLINI, Álvaro Luis de Araujo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da constituição.** 2008. Tese de doutorado - Universidade de Brasília. Para obtenção do Grau de Doutor em Direito. Brasília. 2008.p.69.

[18] FILHO, Cícero Martins de Macedo. Ativismo Judicial. **Revista Jurídica Consulex.** Ano XIII – N^{0}304 – 15 de setembro de 2009. p. 50.

[19] Idem.

de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.[20]

E quanto aos questionamentos de falta de legitimidade do Poder Judiciário, procura-se dar uma solução razoável para essa discussão dentro do contexto jurídico vigente de que os Três Poderes da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 3º da Constituição, são harmônicos e independentes entre si.

A atuação do Judiciário, mesmo que ativamente, não fere as instâncias políticas, ou seja, a democracia representativa, já que ele só age quando provocado. E para que isso ocorra, é preciso que haja uma omissão ou retardamento injustificável por parte dos outros poderes. Por isso exige-se que o Congresso Nacional e o Poder Executivo tenham uma postura mais ativa buscando o bem-estar da sociedade.

O certo é que não existe, na constituição, uma meta-regra que imponha aprioristicamente o modo de proceder as escolhas judiciais e, nesse ponto, é inegável, em princípio, o acerto da percepção de Hart: o juiz acaba agindo, eventualmente, como um "legislador consciencioso" ao efetuar suas escolhas. Esse agir que é próprio ao trabalho jurisdicional, não o desnatura, na mesma forma que o exercício de certas atividades próprias ao legislativo, pelo executivo, por exemplo, não o descaracteriza enquanto tal, tampouco quebra a legitimidade do regime democrático[21].

Cabe apenas ao Judiciário analisar, em todas as situações e desde que provocado, a omissão ou a constitucionalidade dos atos do governo. Mas, em nenhum momento, criar política, aumentar seu alcance e interferir diretamente em questões exclusivamente políticas. Isto porque o Judiciário não tem a "visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas[22]" que o executivo tem.

---

[20]BARROSO. Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. acesso em: 01.10.11. p. 6.

[21] CIARLINI, Álvaro Luis de Araujo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da constituição.** 2008. Tese de doutorado - Universidade de Brasília. Para obtenção do Grau de Doutor em Direito. Brasília. 2008.p.113.

[22] BARROSO. Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. acesso em: 01.10.11. p.21

A visão deste é apenas particular voltada para aquele que foi preterido em seu direito e buscou amparo através do Judiciário. Este Poder deve ter apenas a função de controle[23].

Talvez o maior problema no ativismo judicial seja que o Judiciário tem uma visão fechada do problema, colocando muitas vezes em risco a sociedade, desorganizando a administração pública e não resolvendo os problemas sociais. A jurisprudência e o Judiciário se apóiam numa visão individualista, esquecendo-se completamente do social e da avaliação de custos e benefícios[24]. A demanda individual (micro-justiça) nunca terá efeito coletivo (macro-justiça)[25].

Vale lembrar, ainda, que os três poderes estão subordinados à constituição, por essa razão sua atuação deve respeitar e promover os fins estabelecidos na carta magna. Mesmo que na maioria dos casos a última palavra seja do Judiciário, não quer dizer que todas as matérias devam ser decididas por ele. O Judiciário, sempre que possível, deverá prestigiar as decisões tomadas pelos poderes políticos devido a sua capacidade institucional, pois por mais bem intencionado que esse poder esteja ele não dispõe das informações, tempo, conhecimento global para avaliar o impacto de suas decisões e concessões.[26]

Os juízes "não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula[27]". Então, muitas vezes, as decisões judiciais são fruto de suas fraquezas e de sua humanidade, ao tentar como cidadão do país resolver os problemas da sociedade e principalmente daquele processo que muitas vezes é cheio de fotos e com uma fundamentação trágica.

Ainda que diante da morosidade dos Poderes Legislativo e Executivo, outro ator social surge mais ativamente, em substituição aos seus representantes, em busca de que suas pretensões sejam realmente atendidas; o povo, que vem promovendo cada vez

---

[23] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Judiciário pode intervir no controle do executivo.** Disponível em: <www.mpes.gov.br/conteudo/CentralApoio/conteudo5.asp?cod_arquivo=2759&cod_centro=17> . acesso: 13 nov 2011 p. 2

[24] BARROSO, Luis Roberto. ob. cit. p. 24

[25] Ibiden. p.28.

[26] BARROSO. Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. acesso em: 01.10.11. p.16.

[27] BARROSO. Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. acesso em: 01.10.11.p.13.

mais manifestações com intuito de participar ativamente das decisões políticas.

Contudo, em se tratando das decisões políticas tomadas no âmbito do Poder Judiciário, a participação popular ainda é tímida. Este poder conta com instrumentos como audiências públicas e *amicus curiae*[28], mas, a aplicação destes instrumentos está mais voltada a uma necessidade do Judiciário de se instruir em matérias que lhe falta conhecimento técnico do que voltada a participação popular.

As audiências públicas têm como conceito "audiência que é marcada por uma autoridade administrativa que se realiza sob o rito de certas solenidades, ou com certa pompa, para que nela se efetive ato de certa relevância". A natureza jurídica da audiência pública está calcada no art. 1º, parágrafo único da CF/88 que tem como um dos seus alicerces e fundamentos a cidadania. Os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, que são suporte do exercício do direito político de participação, fazem parte do direito de quarta dimensão[29]. De outra sorte, o direito político de participação fundamenta as audiências públicas, ou seja, tais audiências configuram-se em certa medida como forma de democracia direta, exercício direto e legítimo da cidadania popular, permitindo-se a eliminação de dúvidas, uma forma de possibilitar e viabilizar a discussão em torno de temas socialmente relevantes[30].

Os princípios norteadores das audiências públicas são: princípio democrático que é o princípio matriz e decorre da soberania do povo; princípio do retorno ou da resposta à sociedade e ao cidadão ou da prestação de contas das medidas e resultados (art.5, XXXIV,a, CF) pelo qual as autoridades devem prestar conta das decisões tomadas e dos resultados alcançados; princípio do prévio agendamento e da escolha adequada do dia, local e horário que facilite o acesso ao público diretamente interessado.

---

[28] CARVALHO, Flavia Martins de. VIEIRA, José Ribas. RÉ, Monica Campos de. As teorias dialógicas e democracia deliberativa diante da Representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n.5, p-81-92,out.2009. p.90.

[29] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores. 11 edição. 2001

[30] Basta ver as experiências vivenciadas pelo Tribunal do Rio Grande do Sul por intermédio do projeto "Ouvir a Comunidade" www.tj.rs.gov.br e, ainda, as audiências públicas promovidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo que estão desenhadas da seguinte maneira: "A Audiência Pública, aberta a qualquer interessado, tem por objeto obter subsídios e informações adicionais junto à sociedade civil para elaboração do Plano de Atuação Institucional do Ministério Público para o ano de 2006.

O instituto do *amicus curie*, também conhecido como amigo da corte, teve origem no direito norte-americano. No direito brasileiro foi previsto pela primeira vez na lei 9.868/99 que rege a ADI e ADC. Os amigos da corte surgem nestas demandas para viabilizar uma atividade de esclarecimento que o juiz não conseguiria sozinho, dando apoio técnico e objetivo à decisão. Este instituto é regido pelos princípios democrático (art.1,V,CR) e do pluralismo político, visto que permite aos indivíduos ou grupos sociais (órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, grupos de pressão) que participem mais ativamente das decisões do STF[31], participar mais ativamente no sentido de trazer ao processo pontos que ainda não foram discutidos tecnicamente na demanda,[32] em consonância com o que leciona Cunha;

> (...) [*amicus curiae* é] figura neutra, destinada a proporcionar ao juiz informações em trone de questões essencialmente jurídicas intrincadas, controvertidas e complexas, sobre as quais pudessem ter Duvidas sobre os critérios adotados para a interpretação do caso e que pudessem levar à repercussão negativa para a sociedade[33]

Mesmo tendo várias correntes sobre a questão da natureza jurídica do *amicus curiae*, este artigo corrobora com a doutrina que afirma que ele é uma forma de participação da sociedade de legitimar as decisões que possam ter reflexos em grupos de interesse.

Destarte, compreende-se a validade das atuações judicionalizantes do Poder Judiciário em que pese a atual conjuntura de transformações dinâmicas da sociedade, mas acredita-se na necessidade de instituir novos mecanismos de participação popular de forma a suprir a insuficiência de legitimidade deste poder para tomada de decisões políticas.

2. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Não há um consenso entre os democratas deliberativos do que venha exatamente ser a democracia deliberativa ou de quais elementos a constituam. O que se tem em certa medida por premissa comum é o entendimento de que "a democracia deliberativa repousa na compreensão de que o processo democrático não pode se

[31] BINENBOJM, Gustavo, A dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 1, 2005. P.3

[32] FERRAZ, Anna Candida da Cunha, O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada. Osasco: **Revista Mestrado em Direito**, Ano 8, n.1, 2008, p. 72

[33] Ibidem. p. 56.

restringir à prerrogativa popular de eleger representantes."[34] Ou seja, a democracia deliberativa é a ampliação do conceito de democracia que busca a viabilização e a volta de uma certa maneira da democracia direta, que tem por fundamento a participação popular direta.

São apresentadas, no estudo de Gutmann e Thompson[35], como principais características da democracia deliberativa; (i) a exigência de justificação dos motivos apresentados pelas pessoas num processo de deliberação e de justificação das decisões; (ii) a necessidade de que os motivos apresentados sejam acessíveis tanto no sentido de serem públicos quanto no sentido de terem seus conteúdos inteligíveis pelos cidadãos; (iii) as decisões tomadas ao final das deliberações sejam tidas como vinculantes por um certo período de tempo, mas não como verdades absolutas; (iv) ser um processo dinâmico em que haja possibilidade de um continuado debate que permite até mesmo a futura revisão de decisões.

Quanto aos objetivos, o presente estudo adota como objetivo principal da democracia deliberativa a obtenção de maior legitimidade nas decisões políticas, ou seja, por meio de processos deliberativos as decisões finais soam como mais legítimas até mesmo para os grupos que compartilhavam de opção diferente, ou ainda nas palavras de Gutmann e Thompson;

> As difíceis escolhas que os oficiais públicos precisam fazer devem ser mais aceitáveis, mesmo para aqueles que recebem menos do que merecem, se as solicitações de todos tiverem sido consideradas em seus méritos em vez de sua base de poder de barganha partidária. Mesmo em relação às decisões que muitos discordam, a maioria de nós toma uma atitude em relação àquelas que foram tomadas após uma consideração cuidadosa das relevantes solicitações morais conflitantes, e uma atitude diferentes em relação àquelas que foram adotadas meramente em razão da força relativa dos interesses políticos em conflito.[36]

[34] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007. P. 104.
[35] GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007, p. 19-22.
[36] GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007, p. 26-27.

Quanto aos resultados das deliberações é indispensável mencionar que uma profunda discussão sobre a possibilidade de impor limites às deliberações levou à construção dos modelos substantivo e procedimental de democracia deliberativa.

O modelo substantivo parte da "vinculação da deliberação a princípios de justiça previamente justificados",[37] ou seja, ainda que as deliberações sejam realizadas em atenção a um conjunto de procedimentos legítimos, é possível alcançar resultados inaceitáveis caso não estejam de acordo com os princípios de justiça previamente justificados.[38]

De outra sorte o modelo procedimental defende que "a deliberação deve se manter aberta quanto ao conteúdo dos resultados; o único limite que admite é o respeito às próprias condições procedimentais que a legitimam."[39]

Ainda sobre o assunto é importante compreender que a democracia deliberativa não fornece uma forma natural de chegar a uma decisão final, se apoiando em outros processos que não são deliberativos, como o voto[40], tal qual argumentado por Gutmann e Thompson;

> (...) O fato de a democracia deliberativa não definir em si própria um método único para fazer com que a deliberação chegue a uma conclusão justificada (carente de um consenso moral) significa que ela reconhece que nenhum método pode justificar quaisquer resultados de sua implementação. Nenhum método de tomada de decisão, por exemplo, deveria ser capaz de justificar uma guerra de agressão. A democracia deliberativa pode acomodar muitos tipos diferentes de processo de tomada de decisões para se chegar a decisões finais, incluindo o voto e os decretos, desde que sejam justificadas em um fórum deliberativo. O mais importante é que a natureza aberta da deliberação permite aos cidadãos ou aos legisladores questionarem decisões anteriores, incluindo as decisões sobre os processos de tomada de decisão. O caráter provisório da democracia deliberativa corrige os excessos do termo fina da democracia convencional.[41]

---

[37] SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007, p. 106-107.
[38] Idem.
[39] Ibidem, p. 108.
[40] GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007, p. 33.
[41] GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007, p. 33.

Assim, neste artigo é adotado como método de exercício da democracia deliberativa a participação popular e o amplo debate em fóruns deliberativos com a posterior tomada de decisões no âmbito de arenas deliberativas tal qual apresentado por Bobbio.[42]

3. DEMOCRACIA DIGITAL

Ainda como conseqüência da visível ineficiência dos poderes Legislativo e Executivo, somado ao sentimento da sociedade que não se vê representada pela maioria dos políticos,[43] nasce uma crescente onda de participação popular; seja por meio de passeatas, marchas ou até mesmo participação na criação de leis como no caso da Lei da Ficha Limpa, seja em discussões de diferentes pontos de vistas como o Código Florestal e mais do que nunca, a criação da Usina de Belo Monte.

Surge também uma participação mais intensa da sociedade no cenário político por meio da internet, onde são abertas discussões, levantadas idéias, apresentadas alternativas e até mesmo convocados movimentos.[44] Para essa nova forma de intervenção social na Política, que nasceu de maneira alternativa para o jogo político, usa-se os termos Democracia Digital, E-Democracia, cyberdemocracia, e-participação ou democracia eletrônica.[45]

A internet é um meio rápido, de propagação em massa de idéias e discussões, com alcance global e com cada vez com menor custo. Por meio dela é possível criar uma relação entre o governo e a população sem um intermediário, ou seja, sem a pressão de grupos de poder (econômico, político, religioso, cultural), além de facilitar a comunicação entre os eleitores e seus candidatos, viabilizando a indicação e alteração

---

[42] BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007, p. 158.

[43] MARQUES. Francisco Paulo Jamil Almeida. Internet e participação política no Caso do Estado Brasileiro: Um relato de Pesquisa.Disponível em: <http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/revistaemquestao/article/view/6978/6305> acesso em: 07.12.2011

[44] A exemplo da marcha contra a corrupção que foi um movimento de alcance nacional, promovido pela sociedade civil e divulgado por meio de redes sociais como twitter e facebook, que teve por escopo promover manifestações apartidárias em luta contra a corrupção em importantes dias nacionais como o dia da independência (07 de setembro)e o dia da Padroeira do Brasil (12 de outubro).

[45] GOMES. Wilson. **A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política.** Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3120-9303-1-pb.pdf> acesso em: 07.12.2011.

de propostas e abrindo para discussão muitas questões que tramitam no legislativo em projetos de lei. Dessa forma, a utilização de espaços abertos para debate em ambientes digitais aumenta as chances de criar uma decisão legítima sobre as questões de interesse social.[46]

A percepção da abrangência dos ambientes digitais como instrumento político desencadeou até mesmo movimentos de campanhas digitais como a onda verde de Marina Silva e também Serra e Dilma e a Campanha de Barack Obama à presidência dos Estados Unidos da América[47], como defende Gomes;

> Nesse sentido, a internet pode desempenhar um papel importante na realização da democracia deliberativa, porque pode assegurar aos interessados em participar do jogo democrático dois dos seus requisitos fundamentais: informação política atualizada e oportunidade de interação.[48]

A internet viabiliza também, cada vez mais, uma maior facilidade de acesso a informações públicas essenciais como orçamento, gastos públicos, licitações, contratos e convênios, já que muitas destas informações são disponibilizadas em sítios virtuais públicos.[49] Destarte, a atuação social é visualizada também como instrumento de controle social dos gastos públicos.

O cidadão como novo ator social, muitas vezes mostra-se como melhor agente de decisão já que é o melhor conhecedor dos seus problemas e anseios e é quem melhor pode lutar pela efetivação de suas pretensões e pela melhor alocação dos recursos públicos. Assim, o maior acesso dos cidadãos às informações públicas permite que os cidadãos consigam interferir diretamente no real processo de tomada de decisão.

Contudo, não se pode ignorar a discussão de que grande parte da sociedade ainda não tem acesso a esses novos espaços de deliberação política e que um acesso facilitado a esses meios de comunicação não implica necessariamente a um maior nível de cidadania, contudo, simplificando a profundidade da discussão em virtude da

---

[46] Idem.

[47] A exemplo dos sites: <http://www.minhamarina.org.br/blog/>, <http://dilma13.blogspot.com/>, <http://www.barackobama.com/>

[48] GOMES. ob. cit.

[49] A exemplo o Portal da Transparência, Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/> e o Portal de Convênios, Disponível em: <https://www.convenios.gov.br/siconv/>

brevidade deste artigo, pode-se defender que de uma forma geral o povo se torna, nesses espaços, parte integral e principal do processo de tomada de decisão.

Caso emblemático sobre a importância de se considerar a vontade social é apresentado por Gutmann e Thompson[50] quando discorrem sobre a decisão do início dos anos 90, do Estado de Oregon, dos Estados Unidos da América, de como alocar os recursos escassos nos tratamentos públicos de saúde. Foi constituída uma Comissão de Serviço de Saúde do Estado que criou uma lista com inúmeros tratamentos e os classificou com base no custo-benefício de executá-los. Assim, os serviços considerados menos eficientes quanto ao custo-benefício tinham maior dificuldade para receber recursos públicos. Esta política de saúde não contou com a participação popular, e em consequência surgiram manifestações contrárias à decisão da Comissão, pelo que se expõe;

> As políticas de saúde que seguiam estas prioridades podem maximizar o bem-estar da maioria dos cidadãos, mas as classificações soavam tão diferentes daquilo que os cidadãos julgavam certo ou justo que nenhum oficial de Estado poderia continuar a justificar esta política. Tratar de um dente era classificado muito mais alto do que uma apendicectomia, por exemplo.[51]

Isto comprova que nem sempre a população se contenta com a ótica da eficiência para a alocação de recursos e que muitas vezes a população já está aberta para discussões baseadas na ideia de justiça social, e de aceitar que o problema dos outros é de certa forma mais grave.

Outro exemplo da utilização dos meios de comunicação para tomada de decisões políticas em atenção à opinião popular foi a elaboração da Constituição da Islândia por meio de redes sociais como twitter, facebook, youtube e flickr. Neste país, que conta com quase toda população usuária de internet, foi estabelecida uma comissão de 25 membros que ficaram incumbidos de promover esse diálogo com a sociedade. Foram promovidos encontros em tempo real na página de facebook, e posteriormente o

---

[50] GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007, p.33-34.
[51] Idem.

que a conclusão das discussões enviadas ao Parlamento para a possível aprovação do debate.[52]

A melhor forma de participação política do cidadão é a exposição de ideias e o debate ativo. Os cidadãos como agentes autônomos devem integrar o governo de suas próprias sociedades, e a democracia deliberativa aponta como instrumento viável para a instituição de debates públicos, como argumentado por Gutmann e Thompson[53], que entendem que por meio dela os agentes apresentam e respondem a motivos, ou solicitam que seus representantes o façam, com o escopo de justificar as leis que regulam a convivência comum, de alcançar decisões políticas justificáveis e até mesmo de expressar o respeito mútuo.

Ainda segundo os supracitados autores, um processo deliberativo é socialmente melhor do que um processo de negociação e barganha porque, enquanto estes tipos de processo permitem que os cidadãos aprendam a conseguir melhor o que querem, a deliberação permite que os cidadãos expandam seus conhecimentos “incluindo tanto seu autoconhecimento quanto o seu entendimento coletivo acerca do que servirá melhor a seus concidadãos.”[54]

É certo que em algum momento os membros do governo ou representantes do Estado terão que tomar uma decisão para o encaminhamento de certas demandas sociais, e suas decisões não ficarão vinculadas ao que foi deliberado pelos cidadãos. Assim, a proposta da democracia deliberativa é justamente que estes líderes justifiquem suas decisões de forma que permaneça a possibilidade de questionamentos futuros das decisões em atenção à característica dinâmica das sociedades contemporâneas.

> (...) Os participantes não discutem retoricamente, nem mesmo pela verdade (embora a veracidade de seus argumentos seja uma virtude deliberativa porque é um objetivo necessário na justificação de uma decisão). Eles pretendem que sua decisão influencie a decisão que o governo tomará, ou um processo que afetará como decisões futuras

---

[52] EXAME Info. **Islândia cria nova Constituição via Facebook**. Disponível em: <http://info.abril.com.br/noticias/internet/islandia-cria-nova-constituicao-via-facebook-14062011-10.shl> acesso em: 04.12.2011.

[53] GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007, p. 20.

[54] Ibidem, p. 28.

> serão tomadas. Em algum ponto, a decisão cessa temporariamente, e os líderes tomam uma decisão. (...)[55]

De se considerar ainda que o processo de deliberação precisa de um espaço para ocorrer, um "local de fácil acesso" onde os debates possam ser prolongados enquanto forem necessários. Assim, considerando o já exposto sobre a instrumentalidade dos ambientes digitais o presente estudo considera viável e necessário a instituição de fóruns deliberativos institucionalizados em sítios virtuais para viabilizar uma discussão aberta de temas atuais e relevantes da sociedade.

Os processos de deliberação podem também ser úteis para legitimar as tomadas de decisão no âmbito do Poder Judiciário nas ocasiões em que este Poder excede suas competências de órgão julgador e elabora decisões de com nítido caráter político. Ou seja, a possibilidade de o Poder Judiciário levar em consideração os debates populares para realmente entender a vontade do povo, ainda que não estando submisso a esta vontade, aponta como possibilidade de superação do questionamento da falta de legitimidade deste poder para tomar decisões políticas.

O que se propõe, portanto, é a formulação de sites com fóruns deliberativos abertos a debates de pontos importantes para a elaboração e implementação de políticas públicas, e que o Poder Judiciário leve em consideração os argumentos apresentados. Um importante exemplo é o *site* <http://www.votenaweb.com.br/> em que os cidadãos podem se manifestar sobre projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Tem-se também como exemplos espaços instituídos pelos próprios governos como *sites* organizados por prefeituras[56], e a criação destes espaços pelos Poderes Executivo e Legislativo é interessante para a retomada do viés ativos destes Poderes na discussão de decisões políticas que até então vêm se omitindo.

É essencial que o Estado invista cada vez mais em educação e acesso a esses meios virtuais de comunicação, pois um grande problema das discussões por meio virtual é a falta de conhecimento ou conhecimento errôneo de determinados assuntos, podendo acontecer certas praticas de dominação virtuais, disseminação de idéias

---

[55] GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007, p. 21-22.

[56] Como o site em que são discutidos aspectos importantes da cidade de Porto Alegre <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/observatorio/> acesso em: 07.12.2011.

errôneas não calcadas em insumos fundamentais para uma discussão e decisão legitima, pelo que se apresenta a seguir;

> Pesquisas demonstram, ademais, que as discussões políticas on-line, embora permitam ampla participação, são dominadas por uns poucos, do mesmo modo que as discussões políticas em geral. Em suma, apesar das enormes vantagens aí contidas, a comunicação on-line não garante instantaneamente uma esfera de discussão pública justa, representativa, relevante, efetiva e igualitária. Na internet ou "fora" dela, livre opinar é só opinar [57]

Em se tratando de participação social é exemplo de sucesso o orçamento participativo da Cidade de Recife, cidade metropolitana com cerca de 1,6 milhões de habitantes. Durante todo o ano os cidadãos recifenses podem participar ativamente no desenvolvimento da cidade, por meio do portal da prefeitura[58], definindo a implementação de prioridades como asfaltar ruas, construir postos de saúde, escolas e moradias, dentre inúmeras outras providências. Os resultados têm sido tão significativos que no ano de 2011 a Fundação Alemã Bertelsmann congratulou a cidade com o Prêmio Reinhard Mohn, no valor de 150 mil euros.[59]

O modelo é organizado com o amparo da Lei Orgânica Municipal que assegura o processo de participação popular na formulação das políticas e diretrizes da ação pública global e setorial; no estabelecimento de estratégias de ação e encaminhamento de soluções dos problemas municipais; na elaboração da lei de diretrizes gerais em matéria de política urbana, do plano diretor, plano plurianual, dos projetos de lei de diretrizes orçamentárias e orçamento anual dos planos, programas e projetos setoriais e na fiscalização e controle da administração municipal.

A votação do orçamento participativo é feita em três etapas; plenárias regionais, votação em urnas eletrônicas ou internet e plenárias temáticas.

Primeiramente as ações devem se dar no âmbito das microrregiões, onde grupos compostos por no mínimo dez cidadãos podem credenciar junto à prefeitura demandas por duas obras ou ações em áreas diferentes dentro desta microrregião.

---

[57] GOMES. Wilson. **A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política.** Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3120-9303-1-pb.pdf> acesso em: 07.12.2011.
[58] Disponível em: <http://www.recife.pe.gov.br/op/> acesso em: 07.12.2011
[59] Disponível em: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,15161066,00.html> acesso em: 07.12.2011

Na sequência, as demandas credenciadas serão apresentadas em uma plenária regional para votação, quando cada pessoa poderá votar em até duas obras ou ações e também escolher um candidato para delegado para compor fóruns do orçamento participativo por um ano. As dez obras mais votadas nas plenárias regionais são selecionadas e disponibilizadas em urnas eletrônicas ou na página da prefeitura para uma votação final.

Depois de votar nas demandas das microrregiões, os cidadãos poderão participar das plenárias temáticas onde escolherão um tema trabalhado (mulher, meio ambiente, cultura, desenvolvimento econômico, pessoas com deficiências, etc), e dentro destes temas uma política pública.[60]

Por fim, de se apresentar que surgem também espaços de participação social organizados diretamente pela sociedade, ou seja, sem vínculo direto com os governos das prefeituras, tais como o "My Fun City"[61], primeira rede social privada de interesse público do Brasil, onde os usuários se cadastram e passam a ter acesso a um espaço de debate sobre aspectos que regem a qualidade de vida e o bem estar social de regiões de seus interesses.

CONCLUSÕES

A relativa falta de legitimidade do Poder Judiciário em tomar determinadas decisões políticas requer novos instrumentos de participação social por meio dos quais a vontade popular possa ser verdadeiramente conhecida e devidamente ponderada.

Em resposta a essa questão polêmica insere-se a democracia deliberativa, ou seja, a participação popular como instrumento de legitimação das sentenças judiciais como também das decisões dos demais poderes. Por mais orçamento que exista será sempre impossível atender as necessidades da população em sua totalidade, então nada melhor do que a escolha ser do destinatário/receptor dos benefícios.

Os ambientes digitais vêem como um excelente instrumento para o exercício da democracia, contribuindo para um amadurecimento social de uma sociedade cansada de

---

[60] Disponível em: <http://www.recife.pe.gov.br/2010/10/07/populacao_pode_escolher_politicas_publicas_para_o_turismo_pela_internet_173799.php> acesso em: 07.12.2011

[61] Disponível em: <http://www.myfuncity.org/principal> acesso em:07.12.2011

sofrer todas as conseqüências de governantes ímprobos. Essa nova atitude enseja em um fortalecimento da democracia, aumento da cidadania e a conseqüente inclusão de novos atores no processo político.

Propõem-se, como uma maneira simples de alcançar uma grande parcela da sociedade a formulação de sites com fóruns deliberativos abertos a debates de pontos importantes para a elaboração e implementação de políticas públicas, e que o Poder Judiciário no momento de prolatar uma sentença leve em consideração os argumentos e as escolhas apresentadas pela sociedade.

Assim, sugere-se a implementação de fóruns deliberativos onde o que realmente importa é o conteúdo das discussões, ou seja, implementação de uma democracia dos argumentos ao invés de uma democracia da maioria. Ainda neste sentido, sugere-se que o conteúdo das deliberações destes fóruns sejam considerados pelo Judiciário que, contudo, não estará vinculado às deliberações populares, mas deverá justificar dentro do que foi discutido o porque das suas decisões, o importante é levar em consideração o que a sociedade almeja.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. acesso em: 01.10.11.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>.acesso em: 01.1011.

BINENBOJM, Gustavo, A dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 1, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 11 edição. 2001.

BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007.

CARVALHO, Flavia Martins de. VIEIRA, José Ribas. RÉ, Monica Campos de. As teorias dialógicas e democracia deliberativa diante da Representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n.5, p-81-92,out.2009.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araujo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da constituição.** 2008. Tese de doutorado - Universidade de Brasília. Para obtenção do Grau de Doutor em Direito. Brasília. 2008.

EXAME Info. **Islândia cria nova Constituição via Facebook**. Disponível em: <http://info.abril.com.br/noticias/internet/islandia-cria-nova-constituicao-via-facebook-14062011-10.shl> acesso em: 04.12.2011

FERRAZ, Anna Candida da Cunha, O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada. Osasco: Revista Mestrado em Direito, Ano 8, n.1, 2008.

FILHO, Cícero Martins de Macedo. Ativismo Judicial. **Revista Jurídica Consulex.** Ano XIII – N^{0}304 – 15 de setembro de 2009.

GOMES. Wilson. **A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política.** Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/3120-9303-1-pb.pdf> acesso em: 07.12.2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Judiciário pode intervir no controle do executivo.** Disponível em: <www.mpes.gov.br/conteudo/CentralApoio/conteudo5.asp?cod_arquivo=2759&cod_centro=17> . acesso: 13 nov 2011.

GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007. P. 19-22.

JUCA, Roberta Laena Costa. Participação popular e interpretação constitucional: a concretização da teoria de Peter Haberle na Constituição Federal de 1988. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.9, n.9, p.105-110, fev.2004.

MARQUES. Francisco Paulo Jamil Almeida. Internet e participação política no Caso do Estado Brasileiro: Um relato de Pesquisa.Disponível em: <http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/revistaemquestao/article/view/6978/6305> acesso em: 07.12.2011

MORAIS, José Luis Bolzan e NASCIMENTO, Valéria Ribas Do. O Direito à saúde e os “limites”do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. **Revista Novos Estudo Jurídicos.**

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1992.

ROVER, Aires José. A Democracia Digital: Algumas Questões de Base**. Revista de Direito das Novas Tecnologias**, São Paulo, IOB e IBDI: 1, jan - jun 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Ano 1, n. 1, jan/mar 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. Jul-Dez: 2008. São Paulo.

O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO COMO AGENTE CATALIZADOR DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Raphael Rabelo Cunha Melo[1]

RESUMO

O presente trabalho objetiva examinar a relação existente entre o modelo de presidencialismo vigente no Brasil e a atuação do Poder Judiciário na promoção dos direitos fundamentais e implementação/condução das políticas públicas.

ABSTRACT

This paper aims to examine the relationship between the current model of presidentialism in Brazil and the Judiciary actions in the promotion of fundamental rights and implementation/conduct of public policy.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Sistemas de governo. Presidencialismo de coalizão. Judicialização da política. Representatividade.

1 – INTRODUÇÃO

É de reconhecer-se no presente estudo um exame da relação existente entre a atuação do Poder Judiciário brasileiro e a forma como os outros dois Poderes constituídos (Executivo e Legislativo) convivem. Em formulação mais específica, busca-se saber em que medida o atual sistema de governo brasileiro influencia na desenvoltura política do Poder Judiciário.

Para tanto, principia-se com uma abordagem geral sobre os influxos ideológicos da Carta Política de 1988, perpassando-se brevemente por alguns fatores normativos e institucionais que favorecem uma intervenção mais ativa do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais e, bem assim, na condução das políticas públicas.

[1] Procurador do Conselho Federal de Medicina. Advogado. Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Brasiliense de Direito Público (IDP). Mestrando em Direito Constitucional (IDP).

Na sequência serão expostas as características principais do presidencialismo brasileiro e a forma como este interfere no papel do Judiciário frente às demandas sociais.

Por fim, em remate, além de serem alinhavadas as conclusões parciais obtidas, serão propostas algumas questões atinentes ao perfil da atividade judiciária atualmente desempenhada.

2 – CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DO ESTUDO

Para uma análise do papel desempenhado pelo Poder Judiciário no atual estágio da democracia brasileira, convém realizar uma breve exposição das vertentes ideológicas e da ambiência política/jurídica que marcaram a promulgação e o desenvolvimento social da Carta de 1988. Visitados serão – panoramicamente - os inescapáveis temas da judicialização da política e do neoconstitucionalismo.

Saindo de um período autoritário, a analítica Constituição Federal de 1988[2] despontou como o depósito de múltiplas concepções, ideologias e interesses, muitas vezes divergentes, e até mesmo antagônicos, destacando-se, nos limites do presente estudo, sua feição (predominantemente) comunitarista[3].

A concepção comunitarista (ou republicana), em brevíssimas palavras, tem por característica não se compadecer com uma mera justiça formal (pontos de partida equitativos) ou liberdades negativas[4]. Propugna, ao contrário, justiça material (distributiva) e liberdades positivas (direitos sociais), mobilizadas por uma noção

---

[2] Sua forma analítica, encampando matérias regulamentares, prescrições já vigentes no campo infraconstitucional, e outras temáticas alheias ao domínio constitucional típico, não representa senão uma forma explícita de negar o regime totalitário que marcou a Ordem anterior, e uma desconfiança com relação à atuação efetiva dos poderes constituídos (XIMENES, 2010, p. 60). A respeito desta forma reativa de lançarem-se os direitos fundamentais/humanos, isto é, de catalogá-los de modo a responder às (nefastas) experiências do passado, assim pontifica Habermas: "Na maioria dos artigos referentes aos direitos humanos, ressoa o eco de uma injustiça sofrida, a qual passa a ser negada, por assim dizer, palavra por palavra" (*apud*, ROCHA e PINTO, 2008, p. 176).

[3] Isso sem desconsiderar os discursos de conveniência proclamados pelos constituintes, orientados por interesses particularistas e, sem ignorar, outrossim, os traços e conquistas obtidos pela corrente liberal-conservadora (XIMENES, 2010, pp. 101-106).

[4] Estes são os traços característicos da corrente liberalista. Para uma diferenciação mais detalhada entre o comunitarismo, liberalismo e procedimentalismo, vide Ximenes, 2010, pp. 23-33.

compartilhada de valores e crenças historicamente consolidados, bem como por uma participação ativa dos cidadãos nas decisões públicas (XIMENES, 2010, pp. 23-33).

No Texto Constitucional, os influxos republicanos são verificados em diversas passagens, citando-se, exemplificativamente: os valores e princípios citados em seu preâmbulo (fraternidade, pluralidade, bem estar, etc)[5]; a imediatidade da aplicação dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º); a inclusão de vários atores e institutos com vistas a aumentar o controle dos poderes constituídos (Ministério Público, Defensoria Pública, mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações diretas de constitucionalidade, mandado de injunção, referendo popular, plebiscito, etc); a ampliação dos legitimados a ativar o controle concentrado de constitucionalidade[6], dentre outros característicos marcantes desta ideologia comunitarista.

Isso não quer dizer que a Constituição não contemple originariamente elementos de matriz liberal como as liberdades negativas ou a democracia política formal que conduz a uma participação popular representativa (via voto). Aliás, este enlace de elementos comunitaristas com elementos liberais produz, inclusive, um efeito benéfico (VIANNA e BURGOS, 2005, p. 779).

Além disso, não há ignorar-se que, após a sua promulgação, foram editadas sucessivas emendas de caráter neoliberal que retiraram do Estado o papel de organizador único da economia (*Op. cit.*, p. 778-782). Entretanto, é curioso notar que não houve perda da tradição e das estruturas republicanas que, ao contrário, restaram acentuadas, como se tentará demonstrar.

Já é intuitivo perceber que a configuração do ideal comunitarista cria um ambiente propício à natural proeminência do Poder Judiciário, sobretudo porque encara o Direito como um guia ético-social (transformador da sociedade), como um fator de integração/participação da comunidade, canalizador da realização do interesse público

---

[5] Acerca das influências comunitaristas, Ximenes (2010, p. 59), no que concerne à principiologia que informa a Magna Carta, consigna: "O texto constitucional, portanto, claramente optou pela adoção de princípios político-constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do constituinte, consubstanciado a ideologia inspiradora da Constituição".

[6] Dentro de um enfoque mais substancialista (materialista), o controle de constitucionalidade deve ser mais amplo e rigoroso, pautando-se pelas decisões valorativas insculpidas na Constituição (BARCELLOS, 2007, p. 7).

(não raro em detrimento de interesses particulares atomizados) (VIANNA e BURGOS, 2005, p. 782).

Citadino (*apud* XIMENES, 2010, p. 62) chega a nominar o Estado-Juiz de "regente republicano das liberdades positivas". Aqui já está presente a gênese da tão comentada judicialização da política[7]. A política – entendida como concretização das metas/direitos fundamentais[8] – passa a ser definida (no limite) – em grande parte - pelo Judiciário, tomado como uma arena de interlocução onde deságuam diversos canais institucionais condutores de demandas sociais (XIMENES, 2010, p. 102).

Em íntima conexão com a inspiração comunitarista, também devem ser considerados em linha de análise os contornos do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, marco histórico-doutrinário em que se insere a eclosão e – por que não – o desenvolvimento da Constituição Federal de 1988.

Do prisma formal, o neoconstitucionalismo opera sob três premissas: i) que as normas constitucionais possuem normatividade, isto é, imperatividade (normatividade da Constituição); ii) que a Constituição ostenta superioridade com relação às outras normas do sistema jurídico, exigindo um processo mais complexo para sua alteração (rigidez constitucional) e; iii) que a Constituição centraliza toda a ordem jurídica, irradiando seus efeitos sobre todos os ramos do direito, que devem ser interpretados à luz dos seus preceitos (BARCELLOS, 2007, p. 2).

Sob a ótica material, o neoconstitucionalismo caracteriza-se: i) pela "incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais" e; ii) pela admissão de valores plurais, e princípios que não raro se apresentam em situações de colisão (*Op. cit*, 2007, p. 4).

Vê-se, portanto, que as categorias teóricas acima explanadas (comunitarismo e neoconstitucionalismo) estão em evidente inteiração e

---

[7] Para Barroso (2008, p. 3), a "judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade".
[8] As metas são diretrizes mais amplas que "fazem referência a objetivos sociais que devem ser alcançados e são considerados socialmente benéficos. Os princípios fazem referência à justiça e à equidade (fairness)." (Calsamiglia, *apud* Barros, 2006, pp. 14-15).

correspondência, já sendo oportuno, nesta dinâmica, abordar – mesmo que superficialmente – a já ventilada questão da judicialização da política, afinal de contas, nos dizeres de Barroso (2008, p. 4), "constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito".

O avanço da justiça constitucional sobre o campo da política majoritária (Legislativo e Executivo) é evento datado historicamente. Inicia-se após a II Guerra Mundial, espalhando-se por diversos países, incluindo o Brasil, onde tal fenômeno ganha destaque por sua extensão e volume[9].

Algumas causas devem ser apontadas na compreensão da experiência brasileira. Muitas delas já foram declinadas com a descrição do modelo comunitarista, mas vale repisar – agora com enfoque na redemocratização – a reativação da cidadania, que implica na "demanda por justiça na sociedade brasileira", justiça esta preenchida de sentido por uma "constitucionalização abrangente" (abrangência analítica de diversas matérias) e, ao mesmo tempo, mobilizada por instituições sociais e institutos jurídicos ampliados e fortalecidos, também já comentados (BARROSO, 2008, pp. 2-4).

Em resumo, a judicialização da política pode ser definida como uma maior confluência das demandas sociais para o crivo decisório do Judiciário, circunstância que – apesar da semelhança temática – não deve ser confundida com o ativismo judicial, que encerra postura (proativa) de escolha por parte dos julgadores, no sentido de alargar o sentido e alcance dos textos normativos, sobretudo o constitucional, sendo mais ocorrente "em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva" [10] (BARROSO, 2008, p. 6).

---

[9] Num rol meramente exemplificativo, menciona-se as seguintes atuações políticas do STF: i) a reforma da Previdência; ii) a reforma da Judiciário; iii) a determinação dos limites investigativos das CPI's; iv) Guerra Fiscal dos Estados (ICMS); v) Regulamentação do direito de greve para o funcionalismo; vi) novas regras para o aviso prévio proporcional; vii) união homoafetiva; dentre tantos outros casos de relevo político. Nas palavras do Ministro Ayres Britto, "O Supremo Tribunal Federal é a casa de fazer destinos". Fonte: Correio Braziliense, 20 de outubro de 2011.

[10] Barroso (2008, p. 6) formula um sintético catálogo das condutas por ele tidas como ativistas: "i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas".

A este propósito, Barroso (2008, p. 9) apregoa que uma maior contenção, ou um maior ativismo por parte do Poder Judiciário dependem do grau de prestígio dos poderes majoritários. Na sua visão, uma "crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário[11]" para o atendimento das necessidades sociais.

Conquanto não se ouse refutar esta assertiva – que aparenta validez, diga-se de passagem -, aqui se cogita um outro fator de influência na relação entre os poderes; um fator relacionado com o modelo presidencialista brasileiro, que define a posição hipertrófica do Executivo com relação ao Legislativo, ressecando a sua representatividade.

3 – DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O JUDICIÁRIO

Do que até fora exposto já é possível concluir que a relevância política do Judiciário, atuando na concretização dos direitos fundamentais e, consequentemente, na promoção de políticas públicas[12] [13], é uma decorrência do modelo constitucional atualmente vivenciado.

Não obstante isso, excogita-se que a realidade democrática brasileira[14], com todas as suas particulares (des)funcionalidades, alimente e potencialize todo este protagonismo judicial, reforçando o deslocamento do eixo de representatividade da

[11] Barros (2006, p. 26), citando Cornejo, lembra que "el descrédito de la institución parlamentaría redundará en una mayor legitimidad de los otros poderes".
[12] Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

[13] Parte-se da compreensão de que a realização de políticas públicas pressupõe a concretização dos direitos fundamentais, notadamente os de cariz social (BARCELLOS, 2007, p. 11).
[14] Vianna e Burgos (2005, p. 779), no ponto, lançam mão da seguinte adjetivação: "robusta democracia política".

comunidade, isto é, tirando-a do campo eletivo e inserindo-a no terreno funcional[15], próprio do Poder Judiciário.

Em termos mais diretos, por uma série de razões (que serão adiante visitadas), em boa medida, o Executivo estrangula a representatividade do Poder Legislativo, bloqueando a sua comunicação institucional com as demandas sociais, o que chama à cena o "sistema Judiciário"[16] para servir de arena apropriada à discussão e à implementação/proteção dos direitos fundamentais e, via de conseqüência, das políticas públicas.

A evanescência do Legislativo, e a correspondente preparação de terreno para o presidencialismo de coalizão, pode ser encarada numa fase prévia aos pleitos eleitorais. Com a palavra, Vianna e Burgos (2005, p. 779):

> [...] Contudo, o modo pelo qual se realiza o financiamento das campanhas, abertas à manipulação e ao controle do poder econômico, inclusive pelos mecanismos, nem sempre visíveis, da compra de votos, mais o fato da fraqueza do nosso sistema partidário, expressa sintomaticamente no conhecido fenômeno da troca de legendas, são mazelas que tendem a minar a confiança da população nessa forma de representação.
>
> Tal fraqueza tem permitido a montagem de um complexo sistema por meio do qual o Executivo exerce controle sobre mecanismos de cooptação dos parlamentares – o chamado presidencialismo de coalizão – atraindo-os à sua base de sustentação congressual pelo atendimento de políticas públicas regionais e clientelas locais.

Em rápida digressão explicativa, registra-se que o advento da Constituição de 1988 trouxe sérias desconfianças quanto à viabilidade do novo modelo, que mesclava um sistema presidencialista com um pluripartidarismo baixamente institucionalizado (partidos carentes de disciplina e com alto nível de heterogeneidade ideológica). As

[15] A constituição prevê dois tipos de representação, a eletiva (via voto) e a funcional (funcionalismo público – onde se inserem os ocupantes do Poder Judiciário) (VIANNA e BURGOS, 2005, pp. 778-779).

[16] Denomina-se de sistema judiciário o Poder Judiciário com todas as instituições que gravitam ao seu redor, como, por exemplo, o Ministério Público e a Defensoria Pública (VIANNA e BURGO, 2005, p. 6).

previsões apontavam para um travamento operacional, uma inoperância, uma paralisia, nos moldes experimentados pela Carta de 1946 (LIMONGI e FIGUEIREDO, 2001, p. 19).

Imaginava-se que a rígida separação de poderes que, via de regra, marca os sistemas presidencialistas, levaria a um comportamento revolto e irresponsável dos parlamentares, que se colocariam indispostos à cooperação, além de ter-se uma postura isolada do executivo, calcada na representatividade popular de seu mandato (LIMONGI e FIGUEIREDO, 2001, p. 20).

Entrementes, os prognósticos olvidaram-se de levar em conta que os contornos institucionais de 1988 hipertrofiaram o Poder Executivo, atribuindo-lhe uma preponderância legislativa, incluindo mecanismos de presteza para a avaliação de suas proposições (LIMONGI e FIGUEIREDO, 2001, p. 19).

A essa preponderância legislativa, que retrata um poder de ditar a agenda[17] das deliberações legislativas, soma-se um padrão centralizado dos trabalhos legislativos, orientado por uma disciplina partidária, ditada pelas lideranças, as quais, por sua vez, atuam segundo as distribuições das concessões que venham a atender os anseios do partido a que se filiam. Em suma, "[...] o presidente conta com meios para induzir os parlamentares à cooperação [...]" (LIMONGI e FIGUEIREDO, 2001, p. 22).

Eis a essência do chamado presidencialismo de coalizão, que opera com a lógica de atribuir um alto poder de barganha ao Executivo a fim de que possa estabelecer alianças em prol da governabilidade, fazendo com que o sistema nacional apresente semelhanças com o sistema parlamentarista (LIMONGI e FIGUEIREDO, 2001, p. 19). Nos dizeres de Cintra (2007, p. 70), "[...] a investigação empírica tem mostrado que os presidentes formam coalizões para governar, sendo a lógica de formação de governos no presidencialismo e no parlamentarismo, no fundo, a mesma [...]".

---

[17] Entende-se por agenda "[...] a capacidade de determinar não só que propostas serão consideradas pelo Congresso, mas também quando o serão. Maior poder de agenda implica, portanto, a capacidade do Executivo de influir diretamente nos trabalhos legislativos e assim minorar os efeitos da separação dos poderes, o que pode induzir os parlamentares à cooperação [...]" (LIMONGI e FIGUEIREDO, 2001, p. 22).

À guisa de ilustração, a extensão dos poderes detidos pelo Chefe do Executivo federal compreende: poderes para a nomeação de pastas ministeriais; loteamento de cargos para os correligionários da base aliada[18]; distribuição de influência política e benefícios políticos de toda sorte; meios para ameaçar e impor sanções às lideranças partidárias[19]; iniciativas legislativas privativas (destacadamente em matéria orçamentária, sendo vedadas as emendas parlamentares que ampliem os gastos previstos, além das de cunho tributário e as relativas à organização administrativa); poderes para retardar o envio da proposta orçamentária; poderes para impor regime de urgência na tramitação de determinadas matérias; negociação direta com atores privados de grande influência social (BARROS, 2006, p. 28) e, como não poderia deixar de mencionar-se, poderes para edição de Medidas Provisórias (LIMONGI e FIGUEIREDO, 2001, p. 22-33)[20 21].

Vê-se, assim, a conformação de um presidencialismo à brasileira que, com base em instituições próprias (de assento constitucional e/ou regimental) e, amparado em práticas consociativas nem sempre éticas, confere viabilidade (governabilidade) ao modelo instaurado (presidencialismo)[22].

Ocorre, todavia, como já sinalizado linhas atrás, que esta forma encontrada para conferir governabilidade ao Executivo representa um esvaziamento da

---

[18] Vale anotar a observação de Amorim Neto (2007, p. 140) no sentido de que "[...] O presidente brasileiro também comanda um vasto império administrativo, incluindo não apenas os ministérios, mas também o Banco Central do Brasil, o BNDES (o maior banco de investimento público do mundo) a Petrobrás (a maior empresa nacional) e várias outras agências estatais [...]".

[19] "Sabendo-se qual a posição assumida pelos líderes (partidários), podemos prever com acerto o resultado da votação em 93,7% dos casos" (LIMONGI e FIGUEIREDO, 2001, p. 24).

[20] No período pós-constituinte, das leis aprovadas, "85,2% foram propostas pelo Executivo. A probabilidade de uma proposta do Executivo ser rejeitada em plenário é de 0,026" (LIMONGI e FIGUEIREDO, 2001, p. 24).

[21] Ao descrever divisão teórica entre os que vislumbram um sistema político brasileiro de decisões morosas, e aqueles que o enxergam com uma ágil desenvoltura, Taylor (2007, p. 232), com relação a esta segunda vertente, aduz sintomas semelhantes aos ora expostos para caracterizar o presidencialismo de coalizão.

[22] É importante anotar que, a despeito da governabilidade que se tem verificado, o presidencialismo de coalizão não conta com uma aprovação unânime por parte da doutrina. Cintra (2007, p. 66), aduzindo o posicionamento de Sérgio Abranches, define o presidencialismo de coalizão como "[...] um sistema instável, de alto risco, sempre na dependência de seu desempenho corrente e de sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, nem sempre explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão". Cita, ainda, o mesmo autor (2007, p. 69), o ponto de vista de Santos, para quem "[...] nem todos os arranjos de nosso presidencialismo de coalizão são funcionais e aceitáveis. [...] não é, para ele, a única opção num sistema como o brasileiro, e pode ser mesmo muito custosa politicamente [...]".

representatividade do Poder Legislativo, que fica submetido às estratégias econômicas e eleitoreiras (projetos de perpetuação de poder)[23] da Administração, e termina por fechar-se às expectativas e demandas do tecido social (VIANNA e BURGOS, 2005, p. 780).

A sobreposição do poder Executivo reduz a esfera pública[24] de discussão que deveria situar-se no poder Legislativo, impondo-se-lhe uma pauta monocrática, que o desliga dos reclamos e anseios da sociedade (*Op. cit.*). Barros (2006, p. 29) também registra o estreitamento da esfera pública política e a sua transposição para o Judiciário.

Perceba-se que mesmo aqueles que vislumbram um equilíbrio no sistema político brasileiro, ou seja, um misto de práticas governamentais centralizadas e descentralizadas, admitem que o sucesso da condução governamental depende de mecanismos de controle do Legislativo pelo Executivo, o que é denominado "cartel de controle da agenda parlamentar" (TAYLOR, 2007, p. 233).

Rocha e Pinto (2008, p. 172), por outro bordo, ao citarem o discurso do Min. Celso de Mello, proferido em 23.04.2008 na posse do Min. Gilmar Mendes, apontam para um risco de paralisia também no âmbito administrativo, é dizer, o Executivo, ao sufocar as deliberações do Legislativo pode, ao mesmo tempo, promover uma inércia nas suas próprias ações de administração, em virtude de conveniências próprias[25]. Além das omissões propositadas, não devem ser desconsideradas, também, aquelas provocadas pela desorganização e precariedade da estrutura administrativa (VIANNA e BURGOS, 2005, p. 790)[26].

---

[23] Neste ponto, não se pode perder de mira o que preconiza a Teoria da Escolha Racional, segundo a qual políticos agem racionalmente. As motivações dos políticos são desejos pessoais, tais como renda, prestígio e poder derivados dos cargos que ocupam. Como estes atributos não podem ser obtidos sem que eles sejam eleitos, as ações dos políticos têm por objetivo a maximização do apoio político e suas políticas são orientadas meramente para este fim. Ainda que em certas ocasiões os governantes atendam ao interesse público, este é simplesmente um meio de realizar seus objetivos pessoais (Downs, *apud* BORGES, 2001).

[24] Sem maiores aprofundamentos no complexo e controverso conceito de esfera pública, esta pode ser aqui compreendida no sentido habermasiano de local de debate livre, abrangente, equânime, racional e com interlocutores flexíveis em suas posições, voltado à resolução dos assuntos e valores públicos.

[25] Como um exemplo de conveniência paralisante, Vianna e Burgos (2005, p. 804), ao citarem a implementação e estruturação dos Conselhos Municipais de Direitos da Criança, lembram que, não raro, ao executivo não interessa fomentar tais estruturas, visto que poderiam tornar-se seus próprios denunciantes (junto ao Judiciário).

[26] Mencione-se, ainda, no quesito inércia, o jogo de esquivas entre os diversos níveis da federação, que frequentemente eximem-se da prestação de serviços públicos sob a alegativa de não deterem

Ora pois, neste cenário de obstrução das demandas sociais, quem poderá representar a sociedade, ou melhor, onde a comunidade poderá encontrar um *locus* de representatividade? Onde a sociedade civil poderá reivindicar os direitos sociais que lhe foram prometidos/assegurados no Documento que a transforma em "sociedade constituída" [27]?

A resposta, além de ser quase óbvia, já foi dada: no Poder Judiciário! Ao lado de outros fatores (outras variáveis), desponta todo um conjunto de mecanismos, institutos e instituições[28], que se avivam e levam as decisões republicanas para a arena judicial, onde encontrarão um ambiente dialógico (com a presença de contraditório); em cujo leito as escolhas devem surgir partir de uma argumentação racional e, bem por isso, calcarem-se de igual modo numa fundamentação racional e que, de alguma forma, ache-se pré-fixada nas fórmulas legais e – principalmente – constitucionais.

Nos dizeres de Barroso (2008, p. 14): "O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo e relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação"[29].

Perceba-se a importância deste campo de discussão (o Poder Judiciário), onde, ainda que não sejam concretizados com inteireza os direitos fundamentais invocados nas diversas demandas (individuais ou coletivas), ao menos, o poder público majoritário é chamado a justificar suas ações e, principalmente, suas omissões[30], recaindo sobre si o ônus de demonstrar determinadas impossibilidades de atuação (BARROS, 2006, pp. 37-40), fato que, por si, já contribui para o ambiente democrático, além de viabilizar o controle através das diretrizes principiológicas da eficiência e da moralidade.

---

competência, o que é facilitado por algumas zonas cinzentas que não permitem a identificação nítida de competências, isto é, de determinadas obrigações sociais (VIANNA e BURGOS, 2005, p. 796).

[27] A expressão é de Häberle (2007, pp. 66-67). Segundo Häberle, a Constituição não regula somente o Estado, mas também a sociedade em sua estrutura fundamental, transformando-a em 'sociedade constituída'.

[28] De destacar-se o controle abstrato de constitucionalidade, com a ampliação dos seus entes legitimados. Demais disso, também se mostra digno de realce o papel do Ministério Público no manejo de todo o chamado micro-sistema de direitos coletivos (direito ambiental, do consumidor, da infância, etc).

[29] No mesmo sentido, Coelho (2007, p. 60).

[30] Segundo Barcellos (2007, p. 14), "Em um Estado republicano, os agentes públicos agem por delegação da população como um todo e em seu favor, devendo prestar contas de suas decisões".

Aliás, releva sublinhar que o próprio acesso universal ao Judiciário (art. 5º, inc. XXV, da CF[31]), dado o seu caráter de inclusão, representa um direito fundamental que diz de perto com a democracia (ROCHA e PINTO, 2008, p. 172). A jurisdição afigura-se, pois, como o canal que a sociedade tem ao seu alcance (mais direto, ou menos remoto) para influenciar na formação da agenda política e controlar seus resultados (BARROS, 2006, pp. 34-35).

É a forma de obter-se um processo democrático mais legítimo, pois "permite a participação do próprio titular do poder político" (GOMES, *apud* BARROS, 2006, p. 48). Para Vianna e Burgos (2005, p. 782), a ascensão do Judiciário, ante a ineficiência dos mecanismos republicanos clássicos, representa um equivalente funcional moderno ao *welfare state* (Estado de Bem-Estar Social).

Ilustrando o tema, Barroso (2008, p. 10) registra:

> Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

De notar-se, noutro giro, que a vocação contramajoritária da jurisdição constitucional, voltada primeiramente a assegurar a higidez do núcleo duro dos direitos fundamentais (consensos mínimos) dos cidadãos (que não podem ter suas garantias mínimas erodidas ou desprezadas pela "discricionariedade da política majoritária") (BARCELLOS, 2007, p. 5)[32], também se manifesta na proteção das próprias minorias legislativas, destituídas de voz ativa, visto que alijadas da referida coalizão governamental. "As minorias participantes do poder, cada vez mais, têm se socorrido do Poder Judiciário para questionar decisões políticas importantes" (BARROS, 2006, p. 30).

---

[31] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[32] Rocha e Pinto (2008, pp. 172-174) destacam viradas no posicionamento jurisprudencial brasileiro, no sentido de ser dado ao Judiciário incursionar no mérito das decisões administrativas quando diante de situações de descaso com direitos fundamentais (as decisões examinadas buscavam implementar o direito à educação e à saúde).

Não se ignora o uso estratégico que as minorias políticas fazem do Judiciário, colimando até mesmo um efeito simbólico de mera marcação de posição num circunstancial contexto sócio-político, ou ainda uma forma indireta de pressionar os atores dominantes por meio da repercussão social dos litígios (manipulação da opinião pública) (TAYLOR, 2007, p. 246). Isso não obstante, estas demandas, independentemente de suas motivações políticas, agregam mais perspectivas ao debate, incrementando as chances de formar-se um consenso intersubjetivo mais depurado, haja vista ter posto em linha de ponderação um maior número de visões acerca das fundamentalidades em jogo [33] [34].

A mera possibilidade de um controle *a posteriori* por parte do Judiciário já serve para tornar os poderes majoritários mais cautelosos em suas proposições, estimulando um maior diálogo entre ambos (TAYLOR, 2007, p. 239).

Com isso não se está defender uma nova sobreposição de poderes, ou uma posição hegemônica do Judiciário. Seria um contrasenso fitar com olhos críticos a subjugação de um Poder (Legislativo) pelo outro (Executivo) e, num mesmo lance, pregar o domínio de um terceiro Poder (o Judiciário). Absolutamente!

A atuação do Judiciário não pode (nem deve) sufocar nenhum dos outros dois poderes. Impõe-se tão somente uma atuação “que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais”, deixando em livre harmonia a participação dos atores majoritários. A intervenção judiciária tem sua legitimidade condicionada à sua capacidade de verter em linguagem jurídica todas as demandas e escolhas sociais que lhe são submetidas, isto é, deve ser capaz de “fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição”. Tudo o mais será arbítrio (BARROSO, 2008, p. 12)[35].

---

[33] O conhecimento, agrupando teses pertinentes, necessariamente, é gerado a partir de pontos de vista distintos (hierarquicamente equivalentes), devendo ser verificado/testado, igualmente, por perspectivas distintas, visto que inexiste um ponto de vista absoluto (COELHO, 2010, p. 67). A integração de perspectivas é “procedimento adequado para se alcançar, pragmaticamente, um mínimo de objetividade na interpretação de normas jurídicas, em geral, e dos preceitos constitucionais”. É um mínimo de objetividade, refletida na aceitação da maioria da comunidade jurídica/hermenêutica (COELHO, 2006, p. 56).

[34] Como bem define Barroso (2008, p. 12), “democracia não se resume ao princípio majoritário”, sendo reforçada na sua forma e no seu conteúdo pelo respeito aos direitos fundamentais.

[35] A este propósito, cabe a advertência de Coelho (2007, p. 43): “[...] ao aplicador do direito – por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, tampouco ir além do seu sentido lingüisticamente

Neste ponto, a objeção natural surge no sentido de que as decisões políticas trabalham com uma discricionariedade incompatível com a linguagem jurídica ou, noutro viés, que as prescrições constitucionais, por sua excessiva abstração e generalidade, funcionariam como um parâmetro muito plástico, em relação ao qual poderiam ser moldadas interpretações segundo voluntarismos.

Tal questionamento é pertinente e constitui, na atualidade, uma das grandes aporias existentes na tensão entre democracia e jurisdição constitucional, e não será neste pequeno espaço que se terá a pretensão de respondê-la, até porque escapa do objeto do presente ensaio. De toda forma, para que não reste uma lacuna na compreensão da temática ora exposta, algumas considerações devem ser feitas.

De fato, as expressões vagas, fluidas, e muitas vezes indeterminadas, insculpidas nas normas legais e constitucionais, transformam os julgadores em "co-participantes do processo de criação do direito"[36], o que pode parecer uma afronta à concepção estrita da separação estanque dos poderes[37], mas, efetivamente, a Constituição representa uma interface entre o mundo político e o jurídico, sendo que as decisões judiciais jamais serão puramente políticas, "no sentido livre da escolha", devendo, então, pautarem-se pela fundamentação racional[38], princípios jurídicos de interpretação e observância dos precedentes[39] (BARROSO, 2008, p. 11-18)[40].

---

possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona como limite da interpretação".

[36] Para Coelho (2007, p. 60) parece estar fora de dúvida que os julgadores intérpretes são co-criadores do direito, detendo uma legitimidade adquirida (e não originária como o legislador).

[37] Minimizando esta percepção de violação à separação dos poderes, Vianna e Burgos (2005, pp. 782-783), ressaltam que, na experiência histórica brasileira, a acentuada participação do Judiciário decorreu de uma espécie de delegação por parte do próprio Poder Legislativo, por meio da extensa obra legislativa que foi editada nos anos 90, que terminou por reforçar a participação judiciária na condução da vida pública. Citam: o Código de Defesa do Consumidor, a Lei das Ações Civis Públicas, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Orgânica da Saúde, a Lei das Águas, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da cidade, etc.

[38] Detenha-se que o dever de fundamentação expõe as razões decisórias a análises críticas, oportunizando que pretextos não aparentes sejam desmascarados.

[39] Barroso (2008, pp. 14-15), arrola alguns critérios para manter a atuação judicial dentro da legitimidade: "i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomados pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível." E mais adiante completa: "A conservação e promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático".

Tais limitações parecem válidas, mas ainda são genéricas. Diretamente falando, como distinguir o que decorre da Constituição, o que está no espaço interditado da política?

Considerando que a promoção de políticas públicas está condicionada à limitada disponibilidade de recursos financeiros, a tarefa do judiciário envolve, pois, a fixação de prioridades.

Algumas delas (das prioridades) estão objetivamente previstas na Constituição, como por exemplo, o percentual do orçamento dos entes federativos para o ensino (art. 212, da CF). Se a destinação estiver sendo inferior ao mínimo constitucional, inconstitucional será a condução da coisa pública (BARCELLOS, 2007, p. 18).

Outros pontos menos objetivos podem ser controlados por meio da avaliação do atendimento dos fins constitucionalmente previstos. Por exemplo, caso algum direito receba no texto constitucional a garantia de extensão a toda a população (ex: ensino fundamental – art. 208, inc. I, da CF), a sua implementação deve ser progressiva até o alcance do fim previsto. Caso o fim não tenha sido atingido ainda, não será legítima a alocação de verbas em ações não (constitucionalmente) prioritárias[41] (BARCELLOS, 2007, pp. 20-22).

Maiores dificuldades, entretanto, são reservadas pelas ocasiões em que o Judiciário é chamado decidir a forma pela qual as políticas públicas devem ser implementadas (fator “como”). Neste particular, o parâmetro de exame acha-se no princípio da eficiência que deve apontar para uma realização mínima das metas constitucionais, devendo o direito valer-se de outras ciências para uma correta avaliação de uma determinada (in)eficiência (*Op. cit.*, pp. 23-24).

---

[40] A Constituição não apresenta soluções acabadas, mas, sim, uma estrutura de múltiplas possibilidades jurídicas, fundadas na soberania popular, orientadas por valores plurais e pela idéia de tolerância, que a transforma, sem que sua unidade seja perdida, num ponto de partida e de chegada na atividade interpretativa de todo o ordenamento jurídico (COELHO, 2010, pp. 319-320). Sua abertura semântica, sua variedade de valores (pré-constitucionais, inclusive) faz com que receba uma leitura sempre renovável, de acordo com uma evolução temporal, inserindo-se numa sociedade em constante transformação, e que possui um entendimento predominante consensuado por uma “determinada comunidade axiológica e lingüística” (COELHO, 2010, pp. 155-157).

[41] Aqui, o exemplo clássico são os gastos com a publicidade do governo.

Estes são apenas alguns balizamentos gerais para a legitimação da atuação judicial na solução dos litígios que têm como fundo diretrizes políticas voltadas à realização dos direitos fundamentais. De forma alguma resolvem a tensão entre democracia e jurisdição constitucional. Surgem aqui, nos limites do presente ensaio, tão somente como um assunto lateral que reclamou uma rápida e rasa consideração[42].

Retomando-se a linha da análise inicialmente proposta, com as devidas escusas pela demorada digressão, tem-se que, em face da constatação real de que o desenho político brasileiro estimula o protagonismo judicial como uma válvula de escape à perda de representatividade causada pela sobreposição do Legislativo pelo Executivo, não se reputa válida a invocação do modelo teórico da tripartição dos poderes para neutralizar este mecanismo de desafogo. De efeito, a separação dos poderes – criada justamente para limitar o poder – não pode degenerar-se para servir justamente ao seu exercício desbragado.

Se as (des)funcionalidades do sistema político nacional encontraram uma forma de conferir agilidade à gestão governamental – também chamada de governabilidade – que os efeitos colaterais deste arranjo (realização subótima dos direitos fundamentais) sejam neutralizados por um mecanismo de equilíbrio, representado pela atuação judicial com todos os remédios que lhe são inerentes.

Apesar de todas as (compreensíveis) dificuldades tradicionais de enxergar a atuação do Judiciário como uma "forma de governar", parece ser inafastável que este poder poste-se de forma a impedir o desgoverno (BRITTO, *apud* ROCHA e PINTO, 2008, p. 172), ou, no dizeres, de Juarez Freitas, no exercício da "sindicabilidade do demérito administrativo (*Op. Cit.*)[43].

[42] A quem possa interessar, conquanto fuja das raias do presente estudo, entende-se, juntamente com Coelho, que a positividade da postura judicial ativa deve ser medida pelos seus resultados. "A prova do pastel está em seu sabor, argumentam os defensores do Tribunal moderno, e o ativismo judicial – qualquer que seja sua receita – tem produzido muito bem e pouco mal" (Wolfe, *apud* COELHO, 2007, p. 60).

[43] Não há tomar-se a atividade do Judiciário como uma panacéia, haja vista que a mesma, isoladamente, não vale por si (VIANNA e BURGOS, 2005, p. 785), sendo dependente, ainda, de informações e dados sobre receitas e despesas públicas (BARCELLOS, 2007, p. 27) e de informações sobre áreas técnicas específicas (demografia, saúde, educação, estatística) (BARROSO, 2008, p. 16).

4 – CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto fora até aqui exposto, verificou-se que o momento histórico e o ambiente doutrinário dominante dotaram o Texto da Carta Constitucional de 1988 de um conteúdo predominantemente comunitarista, com a previsão de diversos atores, figuras e institutos jurídicos, aptos[44] a colocarem em evidência participação do Poder Judiciário na defesa e na promoção dos direitos fundamentais e, nestes termos, alçá-lo à posição de partícipe na condução das políticas públicas.

Sem olvidar outros fatores, constatou-se, outrossim, que esta proeminência originária passa a ser reforçada por um mecanismo político de debilitação das ações representativas do Poder Legislativo, consistente num considerável controle das pautas deliberativas pelo Poder Executivo.

Esta dinâmica é cognominada de Presidencialismo de Coalizão que, se por um lado, confere maior agilidade (governabilidade) às ações de governo, por outro, cria obstruções nos canais de comunicação da sociedade com o parlamento, criando um déficit de representatividade e fazendo com que a agenda de materialização das políticas públicas seja transferida – em grande medida – para o Poder Judiciário.

Desta feita, concluiu-se que um característico oriundo de uma estrutura tipicamente liberal (relação entre os poderes majoritários, eleitos por uma democracia formal) termina por fomentar um elemento de cariz comunitarista, qual seja, a representação funcional exercida pelos membros do Poder Judiciário e por todas as estruturas e institutos que gravitam ao seu redor.

Diante de tais constatações, - e aqui se diz com os olhos voltados para novos estudos - é certo que o Judiciário deve passar a ser visto como um ator político que, em tal condição, ainda que condicionado à concretização dos direitos fundamentais, insere-se num contexto de escolhas racionais.

Assim, partindo-se do pressuposto de que o Judiciário passou a ser efetivamente um jogador (*player*) político, é aberto um campo para novas investigações

[44] A proeminência do Poder Judiciário é um fenômeno complexo que tem por causa uma multiplicidade de fatores, não sendo posto aqui que este estado de coisas defluiria diretamente do conceito de comunitarismo. Fala-se apenas na formação de uma ambiência que propicia tal efeito, sendo o perfil comunitarista apenas um dos fatores desta engrenagem normativo-social.

tendo em mira novas percepções da atuação judiciária, tais como: i) o Judiciário como instrumento estratégico de governo, manifestando-se prévia e informalmente às consultas sobre a implementação de políticas públicas (BARROS, 2006, p. 241); referendando políticas recém-lançadas; "corrigindo" políticas públicas de administrações passadas (TAYLOR e DA ROS, 2008, p. 842); ii) o Judiciário como vitrine de posições políticas (espaço de visibilidade); iii) o Judiciário suscetível a pressões populares (CITADINO, *apud* Barros, 2006, p. 29) (VIANNA e BURGOS, 2005, p. 795)[45]; iv) o Judiciário, seja por questões institucionais, seja por questões particulares do julgador, receoso de indispor-se com os outros poderes, em especial o Executivo (VIANNA e BURGOS, 2005, p. 794); v) o próprio Judiciário acionando a mídia para conferir maior efetividade às suas decisões, ou se valendo de meios não ortodoxos de cobrança às autoridade públicas, como telefonemas (VIANNA e BURGOS, 2005, p. 809); vi) o Judiciário com posturas pré-concebidas com relação a determinados atores sociais (VIANNA e BURGOS, 2005, p. 923); vii) o Judiciário ditando o *timing* de suas decisões, atrasando-as ou não (TAYLOR, 2007, pp. 242-243); etc.

Pois bem, compreendida a engenharia e os desdobramentos do sistema político brasileiro, acredita-se que o grande desafio, a partir de agora, é descobrir – se é que possível - como o Judiciário trabalha todas essas vicissitudes políticas (padrão comportamental) a partir de uma linguagem fechada, dogmática, a linguagem jurídica, sem perder-se de vista que todos os atores laterais, inclusive e sobretudo o Ministério Público, também podem ser considerados atores estratégicos. Que fervilhem os estudos!

REFERÊNCIAS

[45] Vianna e Burgos (2005, p. 795), tratando da pressão psicológica e política dos julgadores, trazem o seguinte depoimento de um juiz que examinou lide que envolvia a entrega estatal de medicamentos: "Fizeram um espécie de 'panelaço' na minha porta. Por onde eu andava vinha alguém querendo falar comigo. Eles fizeram uma pressão política e, mais que isso, foi psicológica e moral [...]. Soube de pessoas que haviam falecido esperando medicamentos, então fique numa encruzilhada entre Dom Quixote e Pôncio Pilatos".

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Pública. **Revista Diálogo Jurídico,** Salvador, nº 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Miradas Sobre o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2006. Disponível em: https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment?ui=2&ik=8ad91e1c44&view=att&th=1336ade57d41a68d&attid=0.5&disp=inline&safe=1&zw&saduie=AG9B_P-dptzLe00-GN0na6cD5Ldk&sadet=1320584670598&sads=b-CSNOp7k3lEW58I8A-yO8XbDRI&sadssc=1. Acesso em: 06.11.2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 2008. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 06.11.2011.

BORGES, André. Democracia vs. eficiência: a teoria da escolha pública. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, nº 53, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

CINTRA, Antônio Otávio. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Otávio (Org.). Sistema Político Brasileiro: uma introdução. 2ª edição, Rio de Janeiro: UNESP, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Público (IDP)**, nº 12, abr/mai/jun. 2006.

______. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 3.ed. 2007.

______. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. Brasília: Saraiva, 2010.

HÄBERLE, Peter. Jurisdição Constitucional como Força Política. **Justiça Constitucional Pressupostos Teóricos e Análise Concreta**, Org. André Ramos Tavares, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LIMONGI**,** Fernando e FIGUEIREDO**,** Argelina. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, 2ª edição, Rio de Janeiro: FGV, 2001.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento e PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. **Poder Judiciário e Inclusão Social: considerações acerca do papel do controle judicial das políticas públicas para a efetividade dos direitos sociais.** *In* PEREIRA, Flávio Henrique Unes. (Org.); DIAS, M. T. F. (Org.). **Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol 50, nº 2, 2007.

TAYLOR, Matthew M. e Da ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, vol. 51, nº 4, 2008

VIANNA, Luiz Werneck Vianna e BURGOS, Marcelo Baumann. Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol 48, nº 4, 2005.

XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010